

UNIVERSITE MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

ECOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Charlotte CLAVERIE-ROUSSET

L'HABITUDE EN DROIT PÉNAL

Thèse dirigée par Mme le Professeur **Valérie MALABAT**

Soutenue le 5 décembre 2011

JURY :

M. Philippe CONTE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), **rapporteur**

Mme Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Mme Évelyne GARÇON

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

M. Bertrand de LAMY

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, **rapporteur**

Mme Valérie MALABAT

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

À Vincent.

À mes parents.

Si la thèse est avant tout une aventure solitaire, j'ai eu la chance d'être accompagnée et soutenue durant ces quatre années. Je remercie donc sincèrement tous ceux qui m'ont aidée à relever ce défi, et en particulier :

Valérie Malabat, mon maître, pour sa confiance, sa bienveillance et sa présence chaleureuse ;

Mon mari, pour son réconfort et sa patience ;

Mes parents, pour leur soutien inconditionnel et leur enthousiasme ;

Murielle Bénéjat, pour ses encouragements, ses conseils et son amitié à toute épreuve ;

Gaëlle Rabut, pour son aide si précieuse ;

Elisa Baron, Sarah-Marie Cabon, Yannick Capdepon et Julien Lagoutte, pour leurs relectures minutieuses et leurs remarques pertinentes.

RESUME DE LA THESE

L'habitude est un concept connu de nombreuses disciplines telles que la philosophie ou la psychologie. Si le droit ne fait pas figure d'exception, la fonction répressive du droit pénal confère à l'habitude un sens particulier en sanctionnant l'habitude pénale.

Loin d'assimiler l'habitude pénale à l'habitude criminelle, la thèse en retient une conception purement juridique et objective, détachée de toute référence à la dangerosité du délinquant. L'étude, résolument technique, propose, à partir de cinq institutions (infraction d'habitude, circonstance aggravante d'habitude, récidive, répétition d'infractions et concours réel d'infractions) une notion unitaire de l'habitude pénale et une répression adaptée à la criminalité particulière du délinquant d'habitude. L'habitude est alors définie comme un ensemble de comportements répétés unis par un lien juridique consistant principalement en un lien d'analogie et un lien temporel. Cette notion a permis de déduire une répression de l'habitude adaptée à son particularisme. Ainsi, son régime juridique est influencé par sa double structure, matériellement plurale et juridiquement unitaire, de même que sa sanction est influencée par le lien unissant les comportements.

En puisant des exemples de comparaison dans les législations pénales étrangères et au sein du droit privé français, l'étude permet également de mettre en évidence les atouts et les faiblesses du droit pénal français dans l'appréhension de l'habitude pénale.

Title: Habit in criminal Law

Abstract:

Habit is a concept known by many disciplines such as philosophy or psychology. If Law is not an exception, the repressive function of criminal Law gives to the habit a specific sense by punishing penal habits.

Far from assimilating penal habit and criminal habit, the thesis holds a purely legal and objective conception, disconnected from references to the offender's dangerousity. The study, resolutely technical, suggests, from five legal institutions (habitual offence, habit as an aggravating circumstance, subsequent offence, repetition of offences and combination of offences) a unitary notion of the habit in criminal Law and a better adapted repression to the habitual offender's specific criminality.

Penal habit is defined as repeated behaviours joined by a legal link, mainly analogical and temporal. This notion allows a repression of habit adapted to its specific characteristics. Thus, the legal repression is influenced by its double pattern, physically plural and legally unitary. In the same way, punishment is influenced by the link joining behaviours.

Taking examples from comparing foreign criminal legislations as well as private French law, this study emphasizes assets and weaknesses of the criminal law approach of habit.

Mots-clés : infraction d'habitude, circonstance aggravante d'habitude, récidive, répétition d'infractions, concours réel d'infractions, responsabilité pénale, sanction pénale.

Keywords: habitual offence, habit as an aggravating circumstance, subsequent offence, repetition of offences, combination of offences, criminal responsibility, criminal penalty.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACP	Ancien Code pénal (Code pénal de 1810)
AJ pénal	Actualité juridique pénal
Arch. Phil. Droit	Archives de philosophie du droit
Arch. Pol. Crim.	Archives de politique criminelle
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
CIC	Code de l'instruction criminelle
Comp.	Comparer
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Contraire
C. civ.	Code civil
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. santé publ.	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
Dr. pén.	Revue Droit pénal
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JCP	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique
J.-Cl.	Juris-classeur
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Obs.	Observations
Op. cit.	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage précité
préc.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rép. Pén. Dalloz	Répertoire Pénal Dalloz
RSC	Revue de science criminelle et de droit comparé
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivants
spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel
V.	Voir

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LA NOTION D'HABITUDE PÉNALE

Titre 1 : Les comportements répétés, éléments constitutifs de l'habitude pénale

Chapitre 1 : L'indifférence à la nature des comportements répétés

Section 1 : L'indifférence à la licéité des comportements répétés

Section 2 : L'indifférence au contenu des comportements répétés

Chapitre 2 : L'importance du nombre de comportements répétés

Section 1 : La suffisance de deux comportements

Section 2 : La possibilité de commettre des comportements supplémentaires

Titre 2 : Le lien entre les comportements, élément qualifiant de l'habitude pénale

Chapitre 1 : Le lien substantiel, condition générale de l'habitude pénale

Section 1 : Un lien qualitatif

Section 2 : Un lien temporel

Chapitre 2 : Le lien procédural, condition particulière de l'habitude pénale

Section 1 : La notion de condamnation pénale

Section 2 : Les condamnations prises en compte pour la caractérisation des habitudes pénales judiciaires

PARTIE 2 : LA RÉPRESSION DE L'HABITUDE PÉNALE

Titre 1 : L'influence de la répétition de comportements sur le régime juridique de l'habitude pénale

Chapitre 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de répression de l'habitude pénale

Section 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de fond

Section 2 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions procédurales

Chapitre 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de sa répression

Section 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de fond

Section 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités procédurales

Titre 2 : L'influence du lien unissant les comportements sur la sanction de l'habitude pénale

Chapitre 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction de l'habitude pénale

Section 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales non judiciaires

Section 2 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales judiciaires

Chapitre 2 : L'influence du lien procédural sur la sanction de l'habitude pénale

Section 1 : Les justifications de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale

Section 2 : Les manifestations de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale

INTRODUCTION

1. L'habitude criminelle ? « La constance d'une habitude est d'ordinaire en rapport avec son absurdité »¹. Marcel Proust ne faisait alors sans doute pas référence aux habitudes pénalement sanctionnées. Pourtant, le réflexe naturel du juriste qui étudie l'habitude en droit pénal est de mettre immédiatement en relation l'habitude avec le crime, et de voir ainsi dans cette formule une parfaite analyse de l'habitude criminelle. Qu'y aurait-il en effet de plus absurde que de s'enraciner dans la criminalité au risque de s'attirer les foudres de la justice pénale ? Une étude de l'habitude en droit pénal pourrait ainsi se limiter à cette première impression : le droit pénal ayant pour objet de sanctionner la commission d'infractions², il appréhenderait nécessairement l'habitude comme l'accoutumance au crime. A ce stade, il est impossible d'apprécier la pertinence d'une telle approche. C'est la raison pour laquelle il faut commencer par définir l'habitude, ce qui n'est pas évident compte tenu de la multitude de définitions dont elle fait l'objet.

2. Sens commun de l'habitude. Le mot « habitude » vient du latin *habitus* signifiant « manière d'être ». L'on comprend ainsi que dans son sens le plus large, l'habitude correspond à « la manière d'être générale et permanente, l'état d'une existence considérée, soit dans l'ensemble de ses éléments, soit dans la succession de ses époques »³. Plus

¹ M. PROUST, *La prisonnière (A la recherche du temps perdu, tome 5)*, Gallimard, 1939, p. 58.

² Plus précisément, le droit pénal peut se définir comme « la branche du droit qui a pour objet de prévenir par la menace, et au besoin de réprimer par l'application de différents moyens, les actions ou omissions de nature à troubler l'ordre social » (P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *Droit pénal général*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, n°1).

³ F. RAVAISSON, *De l'habitude*, Paris, Impr. de H. Fournier, 1838, réimpression PUF, 1999, p. 1.

concrètement, l'habitude peut être définie comme « une manière ordinaire d'agir, de penser, de sentir, propre à une personne ou à un groupe de personnes et créée par une action répétée »⁴, ou encore comme une « coutume, disposition acquise par des actes réitérés »⁵. Si ces définitions permettent d'appréhender globalement le concept d'habitude, l'on ne saurait toutefois s'en contenter dans la mesure où le concept d'habitude a été étudié de manière très approfondie en philosophie et psychologie. L'habitude apparaît ainsi incontestablement comme un concept pluridisciplinaire.

3. Définition psychologique de l'habitude. La psychologie confère un sens très particulier à l'habitude. Il s'agit alors de l'association entre une stimulation et une réponse, la réponse étant systématique en présence de la stimulation, après un conditionnement approprié⁶. Concrètement, l'habitude est le pouvoir de reproduire sans réflexion et par réflexe, certains faits produits plusieurs fois, à l'inverse de l'instinct. Toutefois, on ne saurait la confondre avec l'habituation – qui consiste dans des acquisitions propres à une situation nouvelle et qui disparaît dès que celle-ci perd son caractère inédit – ou l'habileté – qui correspond aux résultats mesurables, comme dans les sports, de systèmes complexes d'actes organisés en vue d'un but et supposant un long entraînement⁷ –. Autrement dit, l'habitude est une aptitude à accomplir avec facilité et sans effort particulier d'attention tel ou tel genre d'actions, acquises par la pratique fréquente, l'exercice, l'expérience⁸. Les conséquences principales de la formation d'une habitude sont la création d'automatismes, l'adaptation et la facilitation de l'action. Mais au-delà de ces effets mécaniques, l'habitude a également une influence sur notre faculté de penser, qu'elle diminue, voire neutralise. « La réflexion, au physique comme au moral, demande un point d'appui, une résistance : or, l'effet le plus général de l'habitude est d'enlever toute résistance, détruire tout frottement ; c'est comme une pente où l'on glisse sans s'en apercevoir, sans y songer »⁹. C'est cet asservissement de l'Homme à l'habitude qui rapproche concept psychologique et concept philosophique.

⁴ Encyclopédie Larousse.

⁵ Dictionnaire de l'Académie Française, t. 2, Fayard, 9^{ème} éd., 2005.

⁶ C. BALADIER, *Encyclopædia Universalis*, « Habitude ».

⁷ C. BALADIER, *Encyclopædia Universalis*, « Habitude ».

⁸ Encyclopédie Larousse.

⁹ P. MAINE DE BIRAN, *Influence de l'habitude sur la faculté de penser*, 1799, réimpression PUF, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1954, p. 1.

4. Définition philosophique de l'habitude. En effet, l'habitude est un thème très classique en philosophie. Les philosophes retiennent dans l'ensemble une approche unitaire de l'habitude¹⁰. Elle serait une « seconde nature »¹¹ qui neutralise à plus ou moins grande échelle le libre arbitre car « nul ne réfléchit l'habitude »¹², et « plus l'homme a d'habitudes, moins il est libre et indépendant »¹³. L'habitude est « de l'acquis qui devient de l'inné »¹⁴. Par conséquent, au lieu d'épanouir la volonté, elle l'annihile ou l'affaiblit. Ces idées tendent à démontrer que, pour celui qui a contracté une habitude, le premier acte est plus coupable que le deuxième ou le troisième car « l'habitude se présente comme force qui nous agit et nous prive ainsi d'agir »¹⁵. Certains juristes approuvent d'ailleurs cette vision, aisément transposable à l'habitude criminelle, considérant que l'accoutumance au crime amoindrirait la volonté de l'agent¹⁶. Si le libre arbitre décroît avec l'habitude criminelle, le sentiment de culpabilité serait plus fort, par exemple, chez un délinquant primaire que chez un récidiviste. Ainsi, selon SAINT THOMAS D'AQUIN, le péché des criminels d'habitude n'est plus parfaitement conscient dans la mesure où leur caractère s'est perverti par l'habitude¹⁷. Pourtant, le droit pénal, même s'il postule l'exigence d'un libre arbitre, peut difficilement suivre ces préceptes philosophiques sous peine d'excuser celui qui répète une violation de la norme pénale.

Malgré les spécificités de chaque discipline, l'on perçoit un lien entre l'habitude et la répétition d'un acte. En effet, que la répétition soit synonyme de l'habitude ou qu'elle en soit simplement un préalable, les deux concepts sont incontestablement liés. Cette dépendance se retrouve d'ailleurs en matière juridique.

¹⁰ Certains philosophes modernes tendent cependant à remettre en cause l'unité du concept d'habitude : « Sous le concept uniformisant d'habitude, on a souvent confondu plusieurs choses : l'accoutumance, la routine, l'aptitude acquise » (C. ROMANO, « L'équivoque de l'habitude », *Revue germanique internationale* en ligne. Consultable sur : <http://rgi.revues.org/1138>).

¹¹ ARISTOTE : « est habituel ce qu'on fait pour l'avoir fait souvent... Or, souvent est bien près de toujours, et c'est pourquoi l'habitude ressemble à la nature : car la nature, c'est toujours », cité par A. CUVILLIER, *Nouveau traité de philosophie*, t. 2, A. Colin, 1967, p. 93. Cette idée a souvent été reprise : v. notamment M. DE MONTAIGNE, *Essais*, éd. Pocket coll. classiques (sous la dir. de M.-M. Fragonard), 2009, Livre III, chap. 10.

¹² MIRABEAU, *Conseils à un jeune prince qui sent la nécessité de refaire son éducation*, Lettre remise à Frédéric-Guillaume II, roi régnant de Prusse, le jour de son avènement au trône, Berlin, 1787.

¹³ E. KANT, *Traité de pédagogie*, 1803, (trad. J. Barni) p. 29.

¹⁴ B. VERGELY, *Dictionnaire de la philosophie*, Milan, 2004, v° Habitude.

¹⁵ E. DJORDJEVIC, « Infraordinaire – l'habitude constitutive », article consultable sur <http://www.implications-philosophiques.org/philosophie-politique/infraordinaire-%E2%80%93-l%27habitude-constitutive/>

¹⁶ H. BOURDON, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1856, p. 450 ; A. LEGAL, « Les conditions et les effets de la récidive », *RSC* 1937, p. 599.

¹⁷ M. VILLEY, « La responsabilité chez Saint Thomas », in *La responsabilité pénale*, Dalloz, 1961, p. 117.

5. L'habitude et le droit. Si l'appréhension de l'habitude par le droit se fait également à travers l'idée de répétition d'un comportement, elle est éminemment plus complexe que dans d'autres matières, notamment parce que le droit fait rarement une référence directe à l'habitude. En outre et surtout, alors que la psychologie et la philosophie retiennent une acception purement individuelle de l'habitude, c'est-à-dire l'envisagent comme émanant d'une seule et même personne, le droit semble avoir une vision plus large et prendre en compte l'habitude collective, émanant d'un groupe de personnes déterminé. Ainsi, les rapports entre l'habitude et le droit sont d'une double nature, selon que l'habitude est individuelle ou collective.

6. L'habitude collective : source de droit. Le droit prend en compte l'habitude collective, en lui assignant un rôle bien particulier : en contribuant à l'édiction de règles normatives, elle devient source de droit. En effet, lorsqu'un groupe de personnes déterminé répète plusieurs fois le même acte, peut naître un usage, une pratique¹⁸, une coutume¹⁹. Ces habitudes collectives ne nécessitent pas forcément que la répétition soit caractérisée chez chacun des membres du groupe pris isolément. Ce qui compte en revanche, c'est que, d'un point de vue global, l'habitude soit présente dans le groupe considéré, ce qui n'équivaut pas à l'hypothèse où l'habitude est constituée individuellement chez plusieurs personnes différentes, même si ces personnes sont liées juridiquement et appréhendées ensemble. Par exemple, le fait pour un groupe social d'avoir l'habitude de pratiquer telle ou telle activité constitue une habitude collective, comme une coutume ou un usage, tandis que le fait pour des coauteurs ou des complices d'être tous récidivistes ne constitue pas une habitude collective mais une superposition ou juxtaposition d'habitudes individuelles. Se pose alors une des questions les plus classiques de la théorie générale du droit, celle de savoir si la coutume²⁰ est véritablement source de droit. Bien qu'il n'appartienne pas à notre étude de revenir sur les nombreux travaux consacrés à cette question²¹ il est important d'évoquer sa spécificité en matière pénale.

¹⁸ V. *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Economica, 1986.

¹⁹ Selon E.-H. PERREAU, l'habitude collective aurait trois rôles : maximes traditionnelles, usages, jurisprudence (« Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », *RTD civ.* 1911, p. 229, spéc. p. 231 et s.).

²⁰ Ici, la coutume est envisagée au sens large pour désigner toutes les règles de droit qui se dégagent des faits et des pratiques dans un milieu social en dehors de l'intervention du législateur.

²¹ Pour une étude de la coutume en général : D. ACQUARONE, *La coutume, Réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, Thèse Nice, 1987 ; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002 ; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919 ; P.

Pour cela, il convient au préalable de définir la coutume. Classiquement, on considère qu'elle comprend deux éléments, l'un matériel, l'autre psychologique²². D'une part, la coutume requiert matériellement une pratique constante, c'est là l'habitude collective ; d'autre part, elle nécessite une *opinio juris seu necessitatis* c'est-à-dire la croyance ou le sentiment de force obligatoire²³. La coutume est donc une « multiplication des habitudes, et sa force juridique comme une projection de ce que le langage courant appelle significativement la force de l'habitude »²⁴.

7. La coutume en droit pénal. S'agissant du droit pénal, celui-ci est gouverné par le principe de légalité des délits et des peines²⁵, lequel implique obligatoirement en droit français le caractère écrit de la règle de droit²⁶. Par conséquent, le champ d'application de la coutume en droit pénal est nécessairement restreint²⁷. Si une habitude collective ne saurait donc créer une incrimination, elle peut néanmoins jouer un certain rôle en droit pénal²⁸. Elle a alors deux fonctions principales. En premier lieu, la coutume aide à l'interprétation de certains textes. Ainsi, les usages servent à appliquer les articles relatifs aux tromperies et falsifications²⁹, et la jurisprudence peut se référer aux usages pour déterminer la définition d'un produit, comme la moule de bouchot³⁰, l'échalote rouge d'Italie³¹ ou encore la truite saumonée³², mais la Cour de

HAGGENMACHER, « Coutume », *Arch. phil. droit.* 1990, p. 27 ; A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Thèse Caen, 1932 ; B. OPPETIT, « Sur la coutume en droit privé », *Droits* 1986, p. 39 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, rééd. 1994 ; M. TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume du fondement », *Droits* 1986, p. 11.

²² F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, n°357.

²³ Certains relèvent cependant que la règle de droit n'est pas suivie par sentiment d'obligation mais plutôt par conformité à des « on dit » qui pourtant ont une force obligatoire limitée : H. BATTIFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 80.

²⁴ J. CARBONNIER, « La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 118 et s., spéc. p. 125.

²⁵ Art. 111-2 et 111-3 C. pén. V. notre article « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16.

²⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n°102 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, coll. U, 7^{ème} éd., 2004, n°104 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009, n°238 et s ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^{ème} éd., 2006, n°151.

²⁷ Pour une vision générale de la coutume en droit pénal : B. MAZABRAUD, « La coutume en droit pénal français », *RPDP* 2008, p. 329.

²⁸ Ainsi qu'en procédure pénale : v. à ce sujet R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, *op. cit.*, n°194.

²⁹ Art. L. 213-3 et L. 231-1 C. conso.

³⁰ Cass. crim. 7 oct. 1998 : *Dr. pén.* 1999, comm. 60, note J.-H. ROBERT : « en matière de fraude commerciale portant sur la dénomination d'un produit non réglementé, il appartient aux juges du fond de se référer aux usages commerciaux en vigueur dont ils apprécient souverainement l'existence ».

³¹ Cass. crim. 17 janv. 1996 : Bull. crim. n°30.

³² Cass. crim. 10 mars 1987 : *D.* 1990, somm. 361, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.

cassation rappelle que ces usages n'ont qu'un caractère supplétif³³. De même, le contenu de certaines incriminations, comme l'exhibition sexuelle³⁴ ou les messages contraires à la décence³⁵ est nécessairement lié à l'évolution des bonnes mœurs, qui varie en fonction des coutumes et usages de l'époque considérée.

En second lieu, la coutume a parfois un effet justificatif³⁶, et pour cette raison est parfois qualifiée de source « négative »³⁷ du droit. D'abord, le droit pénal renvoie explicitement à la coutume pour justifier des actes qui relèveraient normalement de cruautés envers les animaux. Ainsi, les articles R. 654-1 et R. 655-1 du Code pénal incriminant les mauvais traitements et les atteintes volontaires à la vie d'un animal prévoient explicitement que « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie »³⁸. Ensuite, même lorsque la loi ne se réfère pas expressément à la coutume, cette dernière permet de justifier dans certaines limites, des violences volontaires commises par des titulaires de l'autorité parentale sur leurs enfants en vertu de leur droit de correction³⁹, ou encore des violences volontaires commises en matière sportive⁴⁰. Cette vertu justificative de la

³³ Cass. crim. 15 janv. 1985 : Bull. crim. n°26 : « Si, en matière de fraude commerciale, les juges du fond ont tout pouvoir pour reconnaître ou dénier l'existence d'un usage, cette appréciation ne peut être faite qu'en l'absence d'une réglementation s'opposant audit usage ».

³⁴ Art. 222-32 C. pén.

³⁵ Art. R. 624-2 C. pén.

³⁶ N. MOLFESSIS : « Si le principe de légalité entend faire obstacle à une coutume qui serait source d'incrimination, il admet en effet de façon asymétrique, qu'elle vienne empêcher l'infraction ou les poursuites » *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, p. 182.

³⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, n°257.

³⁸ Pour la jurisprudence, v. par ex. Trib. Corr. Bordeaux 27 avr. 1989 : *JCP G* 1989, II, 21344, note E. AGOSTINI. CA Toulouse 3 avr. 2000 : *JCP G* 2000, II, 10390, note P. DEUMIER ; Cass. 2^{ème} civ. 22 nov. 2001 : *JCP G* 2002, II, 10073, note X. DAVERAT ; *RTD civ.* 2002, p. 181, obs. N. MOLFESSIS ; Cass. 1^{ère} civ. 7 févr. 2006 : *JCP G* 2006, II, 10073, note E. DE MONREDON. *Adde* : P.-J. DOLL, « De la tradition locale ininterrompue en matière de courses de taureaux », *JCP G* 1969, I, 2251 ; D. MAINGUY, J.-B. SEUBE et F. VIALLA, « Droit et tauromachie », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 757 ; E. DE MONREDON, *La corrida par le droit*, Nîmes, éd. UBTF, 2001 ; P. SOUBELET, « Corridas : confusion sur la tradition locale ininterrompue », *D.* 2002, p. 2267.

³⁹ Ce droit de correction fondé sur l'article 371-1 du Code civil permet de justifier les violences légères : v. par ex. Trib. Pol. Bordeaux 18 mars 1981 : *D.* 1982, jurispr. p. 182, note D. MAYER ; Cass. crim. 21 févr. 1990 : *Dr. pén.* 1990, comm. 216, note M. VERON ; *RSC* 1990, p. 785, obs. G. LEVASSEUR ; Cass. crim. 31 janv. 1995 : *RSC* 1995, p. 814, note Y. MAYAUD ; CA Angers 17 juin 1997 : *Dr. pén.* 1998, comm. 34, note M. VERON ; Cass. crim. 2 déc. 1998 : *D.* 2000, jurispr. p. 32, note Y. MAYAUD ; *Dr. pén.* 1999, comm. 83, note M. VERON ; CA Angers : 25 mars 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 158, note M. VERON ; CA Paris : 4 mai 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 158, note M. VERON ; CA Paris : 11 mai 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 158, note M. VERON ; CA Angers 23 mars 2006 : *JCP G* 2006, IV, 2905. *Adde* : M. HERZOG-EVANS, « Châtiments corporels : vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ famille* 2005, p. 212.

⁴⁰ Certains auteurs considèrent que l'idée selon laquelle le sportif qui en blesse un autre n'est pas pénalement responsable ne saurait reposer sur le consentement de la victime car celui-ci n'est pas un fait justificatif (X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, vol. 36, 2002, n°256), ni sur la coutume, mais sur autorisation de la loi (X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n°255).

coutume est cependant critiquable en ce qu'elle est laissée à l'arbitraire du juge qui pourrait choisir entre les bons et mauvais usages⁴¹. Enfin, la coutume internationale a également une fonction justificative puisque la Cour de cassation considère par exemple qu'elle « s'oppose à ce que les chefs d'Etat 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 Etat étranger »⁴².

L'habitude collective a donc une réelle influence sur les sources du droit pénal, même si en raison du principe de légalité criminelle, elle ne peut avoir qu'un domaine limité. La logique est tout à fait différente lorsque l'on envisage l'habitude individuelle, habitude émanant d'une seule personne.

8. L'habitude individuelle : objet de droit. Même si les habitudes individuelles sont souvent qualifiées d'« infra juridiques »⁴³ au sens où elles relèveraient de la sphère privée et n'auraient aucune valeur juridique, elles n'en sont pas moins prises en compte par le droit privé, même en dehors du droit pénal⁴⁴. Toutefois, dans la majorité de ces cas, l'habitude n'est pas vraiment définie car le droit se contente de renvoyer à des comportements répétés sans préciser leur nature ni leur nombre. Il s'agit alors non pas d'une notion de droit mais d'une notion de fait dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge, qui déterminera si le comportement est courant, fréquent. Afin de préciser la définition de cette habitude individuelle extrapénale, il a été proposé de la distinguer de la réitération de comportements, grâce à deux critères⁴⁵. D'abord, alors que l'habitude supposerait de s'étaler sur un certain temps, la réitération existerait sans ce facteur de durée et pourrait consister en plusieurs actes répétés sur une courte période. Ensuite, les deux notions s'opposeraient en ce qui concerne le nombre d'actes nécessaires : si elles supposent toutes les deux une répétition, elles se différencieraient au sens où l'habitude impliquerait de nombreuses répétitions – c'est-à-dire une certaine constance – tandis que la réitération se contenterait de deux ou trois faits. Il n'est

⁴¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n°362, note de bas de page n°71, qui donne l'exemple du refus de justifier l'excision par le respect d'une coutume d'origine (Cass. crim. 20 août 1983 : Bull. crim. n°229).

⁴² Cass. crim. 13 mars 2001 : Bull. crim. n°64 ; D. 2001, p. 2355, obs. M.-H. GOZZI. V. aussi Cass. crim. 17 mars 2003 : « la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile » (RSC 2003, p. 894, note M. MASSE).

⁴³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd., 2004, p. 152 ; G. ENDREO, « L'habitude », D. 1981, p. 313.

⁴⁴ La prise en compte de l'habitude individuelle par le droit pénal est présentée *infra*, n°10 et s.

⁴⁵ G. VIRASSAMY, « Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français », D. 1989, chron. p. 279, n°2 et s.

cependant pas certain que cette distinction entre les deux concepts soit fondamentale car il y aurait moins une différence de nature qu'une différence de degré. De plus, ces deux concepts traduisent la même idée de répétition, prise en compte en tant que telle par le droit. Même s'il est impossible de dresser une liste exhaustive des cas dans lesquels le droit prend en compte des actes répétés, quelques exemples peuvent être donnés.

Le droit des contrats est propice à la prise en compte des habitudes individuelles. L'habitude permet en effet de déceler la volonté d'une partie au contrat⁴⁶, « d'interroger le passé pour connaître le présent »⁴⁷. C'est notamment le cas lorsque les parties ont contracté dans des conditions habituelles, ou bien avec le partenaire habituel⁴⁸, ce qu'on appelle « relations d'affaires », c'est-à-dire « une pratique générale et habituelle dans des relations d'affaires déterminées »⁴⁹. De même, l'habitude de contracter permettra parfois d'établir la preuve du contrat lorsqu'elle est impossible, par exemple entre époux : le juge admet en effet l'impossibilité morale de préconstituer une preuve chaque fois que l'exigence d'un écrit risquerait de blesser les sentiments de l'autre⁵⁰. Par ailleurs, on peut considérer que les contrats à exécution successive échelonnée⁵¹ sont une certaine forme d'habitude dans la mesure où l'exécution du contrat se répète, ou plus précisément, parce que l'une des prestations va s'exécuter de manière échelonnée, comme c'est le cas pour les contrats d'abonnement ou les contrats de fourniture sur la livraison de marchandises⁵².

En droit de la responsabilité civile, l'habitude sert à apprécier l'*anormalité* du comportement. L'habitude est ainsi un élément d'appréciation de la conduite du débiteur ou du créancier d'une obligation⁵³ : par exemple, pour l'appréciation de la faute délictuelle, la personne ne peut pas invoquer sa négligence habituelle. Mais les habitudes personnelles sont parfois prises en compte par le juge dans la mesure où, « si les infériorités ou les inaptitudes sont sources d'insécurité, au contraire les aptitudes supérieures permettent un comportement

⁴⁶ E.-H. PERREAU, « Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », *RTD civ.* 1911, p. 229, spéc. p. 311 et s.

⁴⁷ J.-C. COVIAUX, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, Thèse Paris II, 1973, p. 8.

⁴⁸ Comp. J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF Quadrige, 2004, vol. 2, n°1026, qui évoque les habitudes contractuelles pouvant se nouer entre contractants et le fait qu'une bonne exécution habituelle du contrat peut entraîner le juge à une appréciation indulgente d'une faute contractuelle isolée.

⁴⁹ Cass. com. 14 déc. 1993 : *D.* 1994, IR, p. 17.

⁵⁰ P. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *JCP* 1972, I, 2468, n°19.

⁵¹ Par opposition à exécution successive continue comme le bail.

⁵² P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n°73.

⁵³ J.-C. COVIAUX, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, *op. cit.*, n°157 et s.

exceptionnellement judicieux et adapté aux circonstances »⁵⁴. Le raisonnement est d'ailleurs identique en matière pénale ; en matière d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique par imprudence, la jurisprudence, pour apprécier le comportement par rapport au modèle idéal de conduite, fait parfois référence à la normalité du geste accompli, ce qui peut être compris dans le sens d'habituel⁵⁵. Il s'agit donc moins d'une prise en compte de l'habitude en tant que telle que d'une référence à la normalité ou l'anormalité d'un comportement. D'ailleurs, la normalité au sens de conformité à la norme renvoie plutôt à un modèle idéal alors que l'habitude établit davantage un comportement moyen du point de vue statistique.

En droit des personnes, avant la réforme des incapacités, une personne pouvait être placée sous curatelle ou tutelle en cas de prodigalité, c'est-à-dire d'« habitude de dissipation monétaire »⁵⁶, d'oisiveté, c'est-à-dire de fainéantise habituelle, ou d'intempérance, c'est-à-dire d'ivrognerie habituelle, d'usage habituel de stupéfiants ou des mœurs dissolues⁵⁷. De même, l'habitude de porter un nom d'usage peut avoir des effets juridiques, la jurisprudence considérant que la possession prolongée d'un nom permet à une famille de conserver ce nom à condition que l'usage en ait été « loyal, public, incontesté »⁵⁸.

En droit de la famille, l'habitude est utilisée pour caractériser un comportement qui doit être *certain* : par exemple les relations habituelles, le train de vie habituel, le domicile habituel ou la résidence habituelle⁵⁹. De même l'article 242 du Code civil fait référence à une violation grave ou renouvelée des obligations du mariage pouvant justifier le divorce pour faute, le terme « renouvelée » impliquant une répétition.

En droit des biens, certains mécanismes font également penser à l'habitude, notamment la prescription acquisitive⁶⁰. En effet, l'article 2261 du Code civil subordonne la prescription acquisitive à une possession continue et non interrompue. La question est alors de savoir si une possession prolongée constitue ou non une habitude, ce qui revient à se demander si une activité continue équivaut à une habitude. Il semble cependant que l'habitude

⁵⁴ N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965, n°43.

⁵⁵ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 1999, n°370.

⁵⁶ G. ENDREO, « L'habitude », *D.* 1981, p. 313, spéc. p. 318.

⁵⁷ Art. 488 et 508-1 Code civil issus de la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ. 22 juin 1971 : Bull. civ. I n°203.

⁵⁹ Ces notions sont d'ailleurs parfois utilisées par le droit pénal : *infra*, n°21.

⁶⁰ Art. 2258 C. civ. : « la prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

suppose une répétition et qu'elle ne puisse donc pas être constituée lorsqu'un seul acte (la possession) se prolonge dans le temps⁶¹.

L'habitude individuelle est également bien connue du droit commercial puisqu'elle sert notamment à définir le commerçant⁶². L'article L. 121-1 du Code de commerce le présente en effet comme celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle⁶³. L'habitude signifie alors « principal », par opposition à accessoire⁶⁴. De manière générale, l'habitude non pénale est d'ailleurs un élément de définition de la profession⁶⁵. Ainsi, de nombreux textes de définition des professions mentionnent une condition d'habitude⁶⁶. Cela a des incidences notamment en matière fiscale, par exemple lorsque l'imposition est subordonnée à l'exercice professionnel d'une activité, auquel cas on retrouve la condition d'habitude⁶⁷. Enfin, dans cette même logique d'activité professionnelle, l'habitude individuelle est prise en compte par le droit des sociétés et sert, par exemple, à définir la qualité de dirigeant de fait. L'immixtion ponctuelle dans la gestion de la société ne constituant pas une activité de gestion, la direction de fait suppose donc qu'une personne a réalisé, de façon répétée ou habituelle, des actes de gestion de fait d'une société⁶⁸.

9. L'impossible analyse conjointe de l'habitude collective et de l'habitude individuelle. L'habitude individuelle est donc souvent prise en compte par le droit, chaque branche lui conférant une définition et une fonction particulières, ce qui en fait une notion

⁶¹ En matière d'habitude pénale, v. *infra*, n°78 et s.

⁶² Elle participe également de la définition du client comme « celui qui a l'habitude de contracter avec le commerçant, mais cette habitude est exempte de toute exclusivité » (Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'entreprise et ses formes juridiques », *RTD civ.* 1968, p. 907).

⁶³ Pour l'appréciation de l'habitude, v. *infra*, n°88.

⁶⁴ J.-C. COVIAUX, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, *op. cit.*, p. VIII.

⁶⁵ V. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Thèse Bordeaux IV, 2010, n°4, à paraître aux éditions Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses.

⁶⁶ C'est notamment le cas dans le Code de la santé publique. En effet, la plupart des professions médicales ou paramédicales qui y sont définies comportent une condition d'habitude : infirmier (L. 4311-1), masseur-kinésithérapeute (L. 4321-1), ergothérapeute (L. 4331-1), psychomotricien (L. 4332-1), orthophoniste (L. 4341-1), orthoptiste (L. 4342-1), manipulateur d'électroradiologie médicale (L. 4351-1) ou encore diététicien (L. 4371-1).

⁶⁷ Ainsi, par exemple, l'article 34 du Code général des impôts définit les bénéfices industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu, comme les bénéfices réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale. Cela suppose l'accomplissement habituel, par une personne, de ces opérations, pour son propre compte et dans un but lucratif. L'exercice d'une profession commerciale ou industrielle implique l'accomplissement habituel d'opérations participant d'actes de commerce au sens des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce. La condition d'habitude n'est pas nécessairement liée à la répétition fréquente des mêmes opérations.

⁶⁸ G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse Paris I, 1978 ; J.-R. NZE NDONG DIT MBELE, *Le dirigeant de fait en droit privé français*, Thèse Nancy 2, 2008 ; D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.* 1996, p. 24.

relativement hétérogène. A ce caractère hétérogène de l'habitude individuelle, vient s'opposer la logique propre de l'habitude collective qui contribue à l'élaboration de la règle de droit. Ces différences fondamentales entre habitude collective et habitude individuelle rendent vaine la comparaison des deux. Il ne semble donc pas opportun de procéder à une analyse conjointe de l'habitude collective et de l'habitude individuelle en droit pénal car elles n'ont ni la même définition ni les mêmes effets.

Plusieurs raisons permettent alors de penser qu'il est préférable d'exclure de l'étude l'habitude collective. D'abord, alors que la coutume en droit pénal a fait l'objet de plusieurs études, aucune étude d'ensemble n'a, pour l'instant, été consacrée à l'habitude individuelle en droit pénal. En outre et surtout, il semble que le concept même d'habitude soit nécessairement restreint à l'habitude individuelle car l'habitude est « intrinsèquement individuelle »⁶⁹, « éminemment personnelle »⁷⁰. La psychologie et la philosophie l'entendent d'ailleurs ainsi⁷¹. Par conséquent, l'étude se limitera à l'habitude individuelle en droit pénal.

10. Absence de définition de l'habitude en droit pénal. L'habitude n'est pas un concept très répandu en droit pénal. D'abord, même si le droit pénal utilise le terme « habitude » et ses dérivés, jamais le législateur n'a jugé utile d'en proposer une définition. Ensuite, la jurisprudence se contente de préciser ça et là quelques caractéristiques de l'habitude sans jamais l'envisager dans sa globalité. Enfin, l'habitude suscite peu l'intérêt de la doctrine pénaliste. La coexistence de tous ces facteurs a pour conséquence le fait qu'il est difficile d'attribuer un sens précis à l'habitude en droit pénal. Malgré ces incertitudes, l'habitude implique incontestablement une répétition de comportements. A partir de cette condition de répétition, il est possible de poser une première délimitation du domaine de l'habitude, d'où la nécessité de recenser les différentes institutions qui peuvent en faire partie. Puis, il sera nécessaire de s'accorder sur la conception que l'on retient de l'habitude car si la première intuition est d'assimiler l'habitude en droit pénal à l'habitude criminelle⁷², il conviendra de vérifier si cette assimilation est ou non satisfaisante. Par conséquent, il faut au préalable déterminer le domaine de l'habitude individuelle en droit pénal (I) pour en déduire une conception satisfaisante de l'habitude en droit pénal (II).

⁶⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « L'habitude en droit des affaires », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997 p. 349, spéc., p. 350 ; G. ENDREO, « L'habitude », *D.* 1981, p. 313.

⁷⁰ P. DEUMIER, *Le droit spontané, op. cit.*, n°41. L'auteur définit par la suite, dans un titre, l'habitude comme un « comportement individuel répété ».

⁷¹ *Supra*, n°3 et s.

⁷² *Supra*, n°1.

I. Le domaine de l'habitude individuelle en droit pénal

11. Critère de l'auteur de l'habitude. L'habitude individuelle est une habitude émanant d'une seule personne. Appliquée au droit pénal, il faut donc déterminer dans quel cas cette branche du droit prend en compte des comportements répétés accomplis par la même personne pour leur faire produire des effets juridiques.

Le premier critère d'identification est donc celui de l'auteur de l'habitude individuelle. Pour le non-juriste, le droit pénal traite des relations entre l'auteur d'une infraction – celui qui commet les actes incriminés – et la victime de l'infraction – personne qui subit un préjudice, a conscience de ce préjudice, lequel est reconnu par la société⁷³ –. Aussi, envisager l'habitude en droit pénal pourrait signifier que l'on s'intéresse à l'habitude présente chez l'auteur de l'infraction, mais également chez une victime d'infraction. Des études récentes ont en effet mis en évidence qu'un grand nombre de personnes victimes d'infractions sont de nouveau victimes d'une infraction plus fréquemment que les autres⁷⁴. Les habitudes et le mode de vie de certaines personnes peuvent les exposer particulièrement à des facteurs de risque de victimisation. La « revictimisation », « récurrence victimale », ou « victimation multiple »⁷⁵ correspond ainsi au fait d'être habituellement victime d'infraction. Même si ce phénomène d'habitude est inquiétant, le juriste, lui, ne peut passer outre la fonction du droit pénal. Cette branche du droit ayant pour objet de prévenir, et au besoin de sanctionner, par l'emploi d'une peine ou d'une mesure de sûreté, l'auteur d'une infraction⁷⁶, elle s'intéresse donc avant à l'auteur de l'infraction plutôt qu'à sa victime. L'habitude chez la victime de l'infraction relève donc davantage de travaux de victimologie, de sociologie ou encore de criminologie et doit, pour cette raison, être exclue de l'étude. Le droit pénal n'accorde ainsi d'effets juridiques qu'aux habitudes individuelles accomplies par l'auteur d'une ou plusieurs infractions.

12. Critère de la formulation de l'habitude. Parmi ces habitudes, il est possible d'utiliser un critère formel pour identifier les habitudes prises en compte par le droit pénal. Or, l'habitude individuelle est désignée de deux manières différentes par le droit criminel. D'une part, elle est appréhendée directement, formellement lorsque le législateur

⁷³ C. JONAS, *Dictionnaire de sciences criminelles*, sous la direction de G. LOPEZ et S. TZITZIS, Dalloz, 2004 « facteurs victimogènes ». Selon l'article 2 du Code de procédure pénale, la victime est toute personne qui a personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.

⁷⁴ R. CARIO, *Rép. pén. Dalloz*, v° Victimes d'infractions, 2011, n°23 et s.

⁷⁵ G. FILIZZOLA et G. LOPEZ, *Victimes et victimologie*, Que sais-je ? n°3040, PUF, 1995, p. 60.

⁷⁶ *Supra*, note de bas de page n°2.

utilise expressément le terme « habitude » ou l'un de ses dérivés comme « habituel », ou « habituellement », etc. En droit positif, il existe trois habitudes formelles : l'infraction d'habitude, la circonstance aggravante d'habitude, et l'hypothèse dans laquelle le droit pénal fait référence à un comportement habituel sans que cette habitude entraîne la responsabilité de son auteur, qui sera désignée par l'expression « habitude non punissable ». D'autre part, l'habitude est appréhendée indirectement, matériellement, lorsque le législateur n'utilise pas l'un de ces termes mais n'en sanctionne pas moins la répétition de comportements. Trois institutions constituent alors des habitudes matérielles : la récidive, la réitération et le concours réel d'infractions.

Le champ d'étude concernera donc *a priori* six institutions : l'infraction d'habitude, la circonstance aggravante d'habitude, la récidive, la réitération, le concours réel d'infractions et l'habitude non punissable⁷⁷.

13. Définition de l'infraction d'habitude. L'infraction d'habitude n'est pas toujours facile à identifier dans la mesure où certains auteurs emploient parfois des terminologies différentes pour la désigner : « infraction complexe »⁷⁸, « délit collectif »⁷⁹ ou encore « délit successif »⁸⁰. Malgré cela, la particularité de l'infraction d'habitude ne fait aucun doute : il s'agit d'une infraction qui « suppose la répétition de faits identiques dont chacun pris isolément n'est pas punissable »⁸¹. La spécificité de l'infraction d'habitude est donc de requérir plusieurs faits, intrinsèquement licites, mais dont la répétition forme une infraction. Certains auteurs insistent sur l'aspect psychologique de l'infraction d'habitude, en précisant que « les délits collectifs ou d'habitude se composent d'une série d'actes dont chacun pris individuellement n'est pas puni par la loi mais dont une certaine collection ou série est punissable comme délit unique et comme signe chez l'agent d'une habitude contractée, d'une profession exercée de reproduire ces mêmes actes »⁸². Ils font alors référence au « danger social » que représente la réitération de ces agissements⁸³, ou alors à l'« attitude vicieuse » de

⁷⁷ L'habitude non punissable sera traitée en dernier parce qu'elle se distingue des autres institutions en n'entraînant pas la responsabilité pénale de son auteur.

⁷⁸ V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, éd. Rousseau, 1893, p. 45.

⁷⁹ J. J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, 1869, n°295.

⁸⁰ E. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, éd. A. Durand, 1854, n°306.

⁸¹ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°209. Pour des définitions semblables, v. A. NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, Cotillon, 1896, n°161.

⁸² G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, éd. A. Rousseau, 6^{ème} éd., 1921, n°78.

⁸³ G. LEVASSEUR, A. CHAVANNE, J. MONTREUIL et B. BOULOC, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 12^{ème} éd., 1996, n°78.

l'agent⁸⁴. La répétition de ces actes serait punissable car elle prouverait « une habitude mauvaise et l'exercice d'une sorte de profession dangereuse pour le bon ordre social »⁸⁵. La répétition serait secondaire : « c'est moins le nombre d'actes commis qui fait le danger, que la psychologie et la volonté délictueuse du coupable »⁸⁶. La vraie nature de l'infraction d'habitude ne serait ainsi pas dans une répétition mécanique de faits mais dans le mode d'expression d'un état psychologique, d'un enracinement dans la délinquance. Il n'est pas nécessaire à ce stade, de porter un jugement sur ces différentes conceptions.

14. Liste des infractions d'habitude. En revanche, il est intéressant de noter que le mécanisme de l'infraction d'habitude existe également dans certaines législations étrangères, comme le droit belge⁸⁷. En outre, en droit français, il existait déjà sous l'empire du Code pénal de 1810. Cependant, de nombreuses infractions d'habitude ont été supprimées, notamment lors de la réforme du Code pénal en 1992. C'est par exemple le cas de la mendicité habituelle⁸⁸, de l'excitation habituelle des mineurs à la débauche⁸⁹, de l'exploitation sur la voie publique des jeux illicites servant de moyen habituel de subsistance⁹⁰, des paris habituels sur les courses de chevaux⁹¹, de l'exercice illégal des arts divinatoires⁹², de l'exercice illégal de la profession d'agent sportif⁹³ ou encore du démarchage en vue de faire engager une procédure de divorce ou de séparation de corps⁹⁴.

Aujourd'hui, on constate un éparpillement des infractions d'habitude dans différents codes. Le Code pénal, pourtant siège de la matière pénale, n'en compte que trois : la tolérance habituelle de personne se livrant à la prostitution⁹⁵, la consultation habituelle d'un service de

⁸⁴ J. ORTOLAN, « Des délits continus, autrement dit successifs, et des délits d'habitude », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. IV, 1854, p. 323.

⁸⁵ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1906, art. 1, n°61.

⁸⁶ A. VITU, « La notion d'habitude dans le délit d'exercice illégal de la profession de chirurgien-dentiste », *RSC* 1971, p. 939.

⁸⁷ La définition est alors identique à celle connue du droit français. L'usure (art. 494 C. pén. belge) et l'exercice illégal de la médecine (art. 38 § 1 1° de l'arrêté royal n°78 du 10 novembre 1967) sont par exemple des infractions d'habitude.

⁸⁸ Art. 247 et 275 ACP.

⁸⁹ Art. 334 ACP.

⁹⁰ Art 4 al. 6 de la loi du 27 mai 1885.

⁹¹ Art. 4 de la loi du 2 juin 1891.

⁹² Art. R. 34-7° ACP.

⁹³ Art. 15-2 de la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. Infraction abrogée par l'ordonnance n°2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport. Cette infraction, qui était une infraction mixte, est désormais une infraction d'occasion prévue à l'article L. 222-20 du Code du sport.

⁹⁴ Art. 5 de la loi du 2 avril 1941

⁹⁵ Art. 225-10 al. 1 2° C. pén.

communication en ligne mettant à disposition l'image d'un mineur à caractère pornographique⁹⁶ et la célébration par un ministre du culte d'un mariage religieux sans mariage civil préalable⁹⁷. Les autres infractions d'habitude relèvent d'autres codes, comme le défaut habituel de titre de transport incriminé par le Code des transports⁹⁸. Il ressort de cet examen que la majorité des infractions d'habitude tend à protéger l'exercice d'une profession. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut ainsi citer l'exercice illégal de la médecine⁹⁹, de l'art dentaire¹⁰⁰, de la profession de sage-femme¹⁰¹, de la profession de vétérinaire¹⁰², de la profession d'avocat¹⁰³, de la profession d'expert-comptable¹⁰⁴, de la profession de banquier¹⁰⁵, de la fourniture illégale de services d'investissements à titre de profession habituelle¹⁰⁶, ou encore de l'exercice illégal d'une activité de gestion de portefeuille¹⁰⁷. De même, beaucoup d'infractions sont relatives au monopole bancaire, comme la fourniture de services de paiement¹⁰⁸, l'achat ou la vente habituelle des récépissés de nantissement de caisses de crédit municipal¹⁰⁹, ou encore le démarchage de matières précieuses¹¹⁰ ou de billets de banque étrangers¹¹¹. Il est enfin intéressant de remarquer qu'en droit positif, toutes les infractions sont délictuelles et intentionnelles. L'absence d'infraction d'habitude de nature criminelle peut sans doute s'expliquer par sa *ratio legis*. Le mécanisme de l'infraction d'habitude sert en effet à sanctionner un comportement qui n'est en soi que d'une gravité mineure, mais dont la

⁹⁶ Art. 227-23 al. 5 C. pén. Cette infraction d'habitude a été créée par la loi n°2007-293 du 5 mars 2007. Auparavant, la simple consultation de tels sites pédophiles n'était pas incriminée, ce qui constituait un « vide juridique » lorsque les images observées n'avaient pas été imprimées ni enregistrées sur un support, et ne pouvaient alors caractériser le délit de détention d'images de mineurs à caractère pornographique (v. en ce sens Cass. crim. 5 janv. 2005 : *AJ pénal* 2005, p. 241, obs. G. ROUSSEL ; *Dr. pén.* 2005, comm. 52, obs. M. VERON ; *RSC* 2005, p. 304, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2005, p. 1522, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *Comm. com. élec.* 2005, comm. 96, obs. A. LEPAGE. Dans cette affaire, le prévenu s'était connecté, au moyen d'un ordinateur mis à la disposition du public par une commune, à des sites pédophiles pour regarder des images de mineurs à caractère pornographique ; la trace des sites consultés a été trouvée dans la mémoire temporaire de l'appareil, et le prévenu était alors poursuivi pour détention d'images pornographiques (à l'époque sur le fondement de l'art. 227-23 al. 4). Il a été relaxé faute d'avoir « détenu » ces images.

⁹⁷ Art. 433-21 C. pén.

⁹⁸ Art. L. 2242-6 C. transports.

⁹⁹ Art. L. 4161-1 1° C. santé publ.

¹⁰⁰ Art. L. 4161-2 1° C. santé publ.

¹⁰¹ Art. L. 4161-3 1° C. santé publ.

¹⁰² Art. L. 243-1 II 1° Code rural et de la pêche maritime.

¹⁰³ Art. 4 de la loi n°71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

¹⁰⁴ Art. 2 et 20 de l'ordonnance n°45-2138 du 19 sept. 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et règlementant le titre et la profession d'expert-comptable.

¹⁰⁵ Art. L. 511-5 C. mon. fin.

¹⁰⁶ Art. L. 573-1 C. mon. fin.

¹⁰⁷ Art. 23 et 25 de la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

¹⁰⁸ Art. L. 521-2 C. mon. fin.

¹⁰⁹ Art. L. 571-12 al. 3 du C. mon. fin.

¹¹⁰ Art. L. 342-2 I et L. 342-2 II C. mon. fin.

¹¹¹ Art. L. 342-3 C. mon. fin.

répétition en fait un comportement méritant une sanction pénale ; dès lors, il ne semble pas cohérent de tolérer un comportement isolé tout en sanctionnant d'une peine criminelle son renouvellement car la différence de sanction semblerait excessive. De même, si toutes les infractions d'habitude sont, en droit positif, de nature délictuelle, c'est sans doute parce que le législateur considère que la répétition intentionnelle d'un acte peu grave simplement toléré mérite une sanction.

15. Circonstance aggravante d'habitude. La deuxième institution d'habitude en droit pénal est ce que l'on appelle la circonstance aggravante d'habitude¹¹². Les circonstances aggravantes se définissent comme « des faits qui, déterminés par la loi, se joignent à une infraction préexistante et entraînent une élévation de la peine dans des proportions légalement établies par le législateur »¹¹³ ou encore comme « des éléments, qui fixés de façon limitative par la loi, sont rattachés à un comportement pénal répréhensible et entraînent un accroissement de la sévérité des peines encourues dans des proportions également définies par le législateur »¹¹⁴. Il arrive ainsi que le législateur prévoit une aggravation de la peine encourue lorsqu'une infraction est commise de manière habituelle, c'est-à-dire plusieurs fois. De manière générale, la circonstance aggravante d'habitude intéresse très peu par la doctrine. En outre, la jurisprudence n'est guère fournie à ce sujet : après quelques arrêts de principe posés il y a bien longtemps, la Cour de cassation a rarement eu l'occasion de se prononcer sur cette institution.

D'un point de vue historique, la circonstance aggravante d'habitude est une création relativement récente. Imaginée pour des raisons de pure opportunité, elle demeure aujourd'hui peu connue des juristes, malgré son utilité incontestable¹¹⁵. En 1939, sous l'empire de l'ancien Code pénal, les inconvénients du régime juridique du concours réel sont apparus au législateur, notamment en raison du principe de non-cumul des peines. En effet « quel que fût donc le nombre d'avortements commis par le même individu, tant qu'il n'y avait pas récidive – et les conditions de celle-ci devenaient d'autant plus difficiles à réunir que l'infraction venait d'être correctionnalisée –, la règle du non-cumul des peines ne permettait pas au juge de prononcer une peine de prison supérieure à cinq ans. L'auteur d'avortements multiples se

¹¹² Cette dénomination et ses conséquences seront contestées *infra*, n°61 et s.

¹¹³ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 55, 2006, n°2. V. aussi A. CHAVANNE, « Les circonstances aggravantes en droit français », *RIDP* 1965, p. 527.

¹¹⁴ M. DALLOZ, *Rép. pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, 2011, n°1.

¹¹⁵ *Infra*, n°447 et s.

trouvait donc dans la même situation que l'auteur d'un avortement unique »¹¹⁶. Un décret-loi de 1939 sur la famille et la natalité françaises¹¹⁷ a donc instauré une circonstance aggravante d'habitude pour permettre d'aggraver la peine d'un avorteur d'habitude, même non récidiviste. La création de cette circonstance aggravante n'a pas toujours été bien comprise en doctrine, certains l'assimilant parfois à l'infraction d'habitude¹¹⁸.

16. Liste des circonstances aggravantes d'habitude. La technique de la circonstance aggravante d'habitude a par la suite été étendue, mais se limite encore aujourd'hui à une douzaine d'infractions. De manière générale, les circonstances aggravantes sont faciles à identifier dans la mesure où, après avoir défini les éléments constitutifs de l'infraction et mentionné la peine encourue, le législateur précise que les peines sont aggravées lorsque l'infraction est commise de manière habituelle, ou à titre habituel, ou habituellement. Ce mécanisme est principalement utilisé pour les infractions contre les personnes comme les tortures et actes de barbarie commis sur un mineur de quinze ans ou une personne vulnérable¹¹⁹, les violences et l'administration de substances nuisibles sur mineur de quinze ans¹²⁰, le recours à la prostitution de mineurs¹²¹ mais aussi l'interruption illégale de la grossesse d'autrui¹²², le fait de fournir à une femme les moyens de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même¹²³ ou encore le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre¹²⁴. La circonstance aggravante d'habitude s'applique également à certaines infractions contre la nation, l'Etat et la paix publique : c'est par exemple le cas du recel de malfaiteurs¹²⁵, du faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation et de l'usage de ce faux¹²⁶, ainsi que du fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une

¹¹⁶ A. LEBRUN, note sous CA Poitiers 16 août 1940 : *D. C.* 1941, p. 78.

¹¹⁷ *DP* 1939, 4, p. 369.

¹¹⁸ A propos du recel de malfaiteurs : B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°235 ; C. PORTERON, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infraction, 2010, n°70 ; A. VITU, « La notion d'habitude dans le délit d'exercice illégal de la profession de chirurgien dentiste », *RSC* 1971, p. 939.

¹¹⁹ Art. 222-4 al. 1 C. pén.

¹²⁰ Art. 222-14 et 222-15 C. pén.

¹²¹ Art. 225-12-2 1° C. pén.

¹²² Art. L. 2222-2 al. 2 C. santé publ. ; art. 317 al. 2 ACP.

¹²³ Art. L. 2222-4 C. santé publ.

¹²⁴ Art. 227-12 al. 3 C. pén.

¹²⁵ Art. 434-6 al. 1 C. pén.

¹²⁶ Art. 441-2 al. 3 2° C. pén.

identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation¹²⁷. Enfin, seule deux infractions contre les biens sont aggravées lorsqu'elles sont commises habituellement : le recel¹²⁸ et le blanchiment¹²⁹. Dernièrement, c'est l'infraction de « trafic de points »¹³⁰ qui a été dotée d'une telle circonstance¹³¹. Parfois la circonstance aggravante d'habitude est délaissée au profit de la récidive : par exemple, la circonstance aggravante d'habitude qui existait pour la contrefaçon en matière littéraire ou artistique¹³² a disparu au profit de la récidive, qui constitue une autre manifestation de l'habitude pénale.

17. Définition de la récidive. La récidive vient du latin *recidere*, qui signifie rechute. Ce terme est donc très bien connu de la médecine¹³³, mais aussi des sciences humaines et sociales¹³⁴. Pour l'homme de la rue « être en état de récidive, c'est avoir réitéré dans sa conduite dolosive »¹³⁵. Or, en droit pénal, il ne s'agit pas d'une simple rechute, mais d'une rechute intervenant après une condamnation, et sous certaines conditions. La récidive est ainsi définie par les articles 132-8 et suivants du Code pénal comme l'hypothèse dans laquelle une personne physique ou morale déjà condamnée commet une nouvelle infraction. Il n'y a donc pas de liste prédéfinie des infractions susceptibles de faire l'objet d'une récidive puisque cette dernière concerne toutes les infractions pénales. La récidive peut être considérée comme une habitude dans la mesure où le même délinquant a réitéré son comportement délictueux en

¹²⁷ Art. 441-5 al. 2 2° C. pén

¹²⁸ Art. 321-2 1° C. pén.

¹²⁹ Art. 324-2 1° C. pén.

¹³⁰ Est incriminé le fait, par toute personne, de proposer ou d'accepter contre rémunération d'être désigné, par l'auteur d'une contravention entraînant retrait de point, comme conducteur du véhicule dans la requête en exonération ou la réclamation.

¹³¹ Art L. 223-9 du Code de la route (créé par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure).

¹³² Art. 427 ACP.

¹³³ Ce qui n'est guère étonnant si l'on en croit R. RUEB, selon lequel « le droit pénal et la médecine sont de lointains cousins : la médecine soigne les corps et parfois les âmes, le droit pénal soigne les comportements et les volontés » (« Scolies sur la récidive : du médical au pénal », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 11. L'auteur fait également remarquer que les deux matières partagent une terminologie : thérapie, remède, rémission ou encore réparation.

¹³⁴ Ces sciences ne tiennent pas compte de la définition juridique de la récidive car le droit pénal a instauré des critères bien trop abstraits. Seule la répétition d'infractions est importante, mais pas forcément n'importe quelle infraction. Ainsi, par exemple, « la récidive de construction sans permis de construire ou d'exercice illégal du métier de moniteur de sport ne les intéresse pas parce que ces délits ne sont pas perçus comme une déviance par rapport aux normes fondamentales de la vie en société, le seul caractère qui mérite attention » (J.-H. ROBERT, « Les récidivistes », *Arch. phil. droit* n°53, 2010, p. 172, spéc. p. 176).

¹³⁵ J.-P. GREGONIA, *Encyclopædia Universalis*, « récidive ».

commettant plusieurs infractions. Cependant, la notion de récidive légale n'a jamais été approuvée par les criminologues, qui considèrent qu'elle n'a pas de sens¹³⁶.

Si la récidive est avant tout un concept pénal, on retrouve des mécanismes similaires notamment en droit administratif¹³⁷, en droit disciplinaire de l'entreprise, lorsque par exemple une personne commet une faute après avoir été sanctionnée pour une autre faute, ou encore en droit de la concurrence, lorsqu'une personne déjà condamnée pour une pratique anticoncurrentielle réalise à nouveau de telles pratiques.

18. Evolution historique de la prise en compte de l'habitude en droit pénal.

L'historique de la récidive ne saurait être présenté de manière exhaustive, tant la question a été approfondie par les historiens du droit¹³⁸. Le droit romain avait déjà indirectement pris en compte la récidive, au sens où il était possible de diminuer la peine pour un primo-délinquant mais pas pour un récidiviste¹³⁹. C'est au Moyen-Âge que le droit pénal et la doctrine pénale ont esquissé l'idée que les récidivistes méritaient une peine plus grave que les primo-délinquants. En effet, à cette époque, la pluralité d'infractions était appréhendée à travers le concept de *consuetudo delinquendi*, c'est-à-dire l'accoutumance à mal s'employer, un concept proche de celui de dangerosité¹⁴⁰. Puis, au XIX^{ème} siècle, le Code pénal de 1810 a créé un régime juridique spécifique applicable aux récidivistes, notamment en faisant de la récidive une cause d'aggravation de la peine principale encourue pour la nouvelle infraction. Afin de conserver la trace des condamnations criminelles et de favoriser la recherche des récidivistes, le procureur de la République de Versailles, BONNEVILLE DE MARSANGY a alors suggéré

¹³⁶ *Infra*, n°469 et s.

¹³⁷ En la matière, elle se définirait comme « la répétition d'un manquement à une obligation liée à l'exécution d'une mission d'intérêt général, reconnue comme telle par l'administration » (F. COLIN, « La récidive administrative », *AJDA* 2009, p. 2148). A la différence de la récidive pénale, elle n'a pas à être expressément prévue par la loi pour être prise en compte au titre de l'appréciation du comportement fautif de l'intéressé, et peut participer légalement à la motivation de la prise de décision (CAA Nancy, 18 janv. 2001, SARL Le Chaland, n°98NC01861). Le principe de légalité des délits et des peines ne lui est pas applicable. La principale différence entre récidive pénale et récidive administrative tient à l'absence de condamnation entre les fautes : *infra*, n°240.

¹³⁸ V. notamment J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, n°246 ; Y. JEANCLOS, « La récidive : une pratique pénale en France du XVI^{ème} au XIX^{ème} siècle », in *Le nouveau droit de la récidive*, L'Harmattan, coll. « Bibl. de droit » 2008, p. 21 ; M. PORRET, F. BRIEGEL et alii, *Le criminel endurci : récidive et récidivistes du Moyen-Age au XX^{ème} siècle*, Droz, Genève, 2006 ; B. SCHNAPPER, « La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle », *Travaux du XXI^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie*, RSC 1983, p. 27 ; M. SOULA, « Récidive et récidivistes depuis deux siècles », in *Les récidivistes*, Presses universitaires de Rennes, 2011, p.11.

¹³⁹ M.-H. RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC* 2000, p. 319.

¹⁴⁰ M.-H. RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », préc.

d'instaurer un casier judiciaire en 1848¹⁴¹. Vers la fin du XIX^{ème} siècle, l'inefficacité, ou du moins l'insuffisance de cette méthode d'aggravation de la peine est apparue, de sorte que le législateur a estimé nécessaire d'établir une distinction entre les récidivistes purs et simples et les récidivistes incorrigibles, ces derniers étant alors, à certaines conditions, susceptibles d'être condamnés à la relégation¹⁴². Puis, après une période marquée par une moindre sévérité au XX^{ème} siècle, le passage au XXI^{ème} siècle a marqué le retour d'une politique de rigueur, ainsi qu'en témoignent les nombreuses lois entrées en vigueur ces dernières années, plus répressives les unes que les autres¹⁴³.

On remarque que ce qui est à la base même du concept de récidive, c'est-à-dire l'existence d'une condamnation séparant les infractions commises¹⁴⁴, n'a jamais été véritablement remis en question. En effet, les modifications successives se focalisent surtout sur les effets de la récidive, c'est-à-dire l'aggravation de la peine encourue pour la seconde infraction, les conséquences de la récidive quant aux aménagements de peine privative de liberté, etc. D'ailleurs, toutes les législations étrangères connaissent la récidive, même si elles ne lui attribuent pas toujours des effets similaires¹⁴⁵. Cependant, malgré son champ d'application étendu, la récidive ne permettait pas de couvrir l'ensemble des répétitions d'infractions intervenues après une condamnation pénale. C'est la raison pour laquelle le législateur a ensuite créé la réitération d'infractions.

19. Réitération d'infractions. La quatrième institution d'habitude est ainsi la réitération d'infractions. Il faut immédiatement préciser que la notion de réitération peut avoir deux sens, le premier étroit, le second plus large¹⁴⁶. Premièrement, au sens juridique, elle est définie à l'article 132-16-7 du Code pénal comme l'hypothèse dans laquelle une personne déjà condamnée définitivement pour un crime ou un délit commet une nouvelle infraction qui

¹⁴¹ Jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, il n'existait pas de véritable système fiable pour identifier les récidivistes. On marquait donc les condamnés récidivistes. A titre de peine accessoire, ils se voyaient imposer une marque au fer rouge, imprimant la lettre R de la récidive ou les lettres VR de voleur récidiviste sur l'épaule.

¹⁴² Loi du 27 mai 1885 : v. *infra*, note de bas de page n°1848.

¹⁴³ Depuis le début des années 2000, les lois traitant principalement ou accessoirement de la récidive se multiplient : loi n°2004-204 du 9 mars 2004 (dite Perben II) ; loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, JO 11 août 2007 ; loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté ; loi n°2010-242 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

¹⁴⁴ Pour une étude détaillée de cette condition, v. *infra*, n°238 et s.

¹⁴⁵ *Infra*, n°462, 482, 487 et 492.

¹⁴⁶ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français*, PUAM, 2005, n°209 et s.

ne répond pas aux conditions de la récidive légale. Elle correspond alors à toutes les hypothèses dans lesquelles la commission par un seul délinquant d'infractions successives ne correspond ni au concours réel ni à la récidive légale. Cette consécration légale de la notion ancienne¹⁴⁷ de réitération date de la loi du 12 décembre 2005¹⁴⁸. Il s'agissait jusque là d'une notion de fait dépourvue de conséquences juridiques¹⁴⁹. Deuxièmement, au sens criminologique, elle désigne toutes les hypothèses de commission par un seul délinquant d'infractions successives, que ce soit en état de récidive légale, de concours réel au sens de la loi, ou de réitération au sens étroit. Elle est alors synonyme de « récidivisme »¹⁵⁰. Pour plus de clarté, le terme « réitération d'infractions » désignera systématiquement l'hypothèse décrite sous cette dénomination par le Code pénal. A l'instar de la récidive, la réitération est applicable à toutes les infractions.

20. Concours réel d'infractions. Enfin, la cinquième institution d'habitude en droit pénal est le concours réel car il s'agit également d'un cas de répétition d'infractions. L'article 132-2 du Code pénal dispose en effet qu'« il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction ». Cet article fait donc référence à deux infractions distinctes, commises l'une après l'autre, et suffisant à constituer un concours. A l'inverse de ce qui est prévu en matière de récidive, le législateur n'a toutefois prévu aucune aggravation de peine lorsque deux infractions sont commises en état de concours réel. Le concours réel comprend en réalité trois types de situations¹⁵¹. Premièrement, un concours réel est constitué lorsque l'auteur d'une infraction en commet une autre, sans avoir été jugé définitivement pour la première. Deuxièmement, c'est aussi le cas lorsque l'auteur d'une infraction, après avoir été condamné rapidement (par exemple lors d'une procédure de comparution immédiate) commet une autre

¹⁴⁷ La notion de réitération est ancienne mais certains l'utilisaient pour désigner le concours réel d'infractions (E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1906, art. 56, 57 et 58, n°13 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, *op. cit.*, n°252).

¹⁴⁸ La pluralité d'acceptions de la notion de réitération n'était pas satisfaisante, comme ont pu le faire remarquer les rédacteurs du rapport d'information précédant l'adoption de la loi (Rapport n°1718 du 7 juill. 2004 présenté à l'Assemblée Nationale par le député G. LEONARD, précédant la proposition de loi n°1961 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, de P. CLEMENT et G. LEONARD, déposé à l'Assemblée Nationale le 1^{er} déc. 2004). La réitération avait également un sens particulier pour les services de police qui estimaient qu'il y avait réitération lorsqu'une même personne était signalée à plusieurs reprises comme auteur d'une infraction et figurait à ce titre dans le fichier du STIC (Système de Traitement des Infractions Constatées, mis en œuvre en application des dispositions du décret n°2001-583 du 5 juill. 2001).

¹⁴⁹ V. cependant, *infra*, n°477 sur les conditions d'octroi du sursis.

¹⁵⁰ Sur l'étude détaillée de la notion, v. *infra*, n°469.

¹⁵¹ P. BONFILS, *Rép. pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions », 2010, n°38.

infraction alors que la condamnation n'est pas encore devenue définitive. Troisièmement, le concours réel sera caractérisé lorsqu'en présence d'un seul fait matériel, on exclut le concours idéal au profit du cumul de qualifications en raison de la pluralité de valeurs protégées atteintes. Cette dernière hypothèse est à écarter de notre étude en raison de la présence d'un seul fait matériel¹⁵².

Historiquement, les modalités de règlement du concours réel ont été élaborées dès la Révolution. A partir de la loi du 16 septembre 1791, elles ont évolué dans le sens du non-cumul des peines¹⁵³. Figurant d'abord dans le Code d'instruction criminelle de 1808¹⁵⁴, puis à l'article 5 du Code pénal de 1810¹⁵⁵, ce principe de non-cumul des peines a été globalement conservé dans le Code pénal actuel¹⁵⁶.

21. Critère de la punissabilité de l'habitude. Les cinq institutions ainsi présentées (infraction d'habitude, circonstance aggravante d'habitude, récidive, réitération et concours réel) ont toutes un point commun : elles entraînent la responsabilité pénale de leur auteur. Cependant, le droit pénal fait parfois référence à un comportement habituel sans que cette habitude entraîne la responsabilité de son auteur. Ainsi par exemple, le texte incriminant le proxénétisme requiert que celui qui se livre à la prostitution (donc nécessairement une personne différente du proxénète) le fasse de manière habituelle¹⁵⁷ ; or, la prostitution n'étant pas une infraction, le fait de répéter ce comportement n'a pas pour effet de faire encourir à son auteur une sanction pénale. Il en va de même lorsque le Code pénal exige, pour la constitution de certaines infractions, une mendicité habituelle¹⁵⁸, ou encore lorsqu'une provocation doit porter sur une consommation habituelle des boissons alcooliques¹⁵⁹. Le droit pénal renvoie également à l'habitude non répréhensible lorsqu'il évoque la résidence habituelle de l'auteur de l'infraction servant à justifier la compétence du juge d'application des peines en matière de modalités d'exécution de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général¹⁶⁰. L'habitude non répréhensible permet aussi l'application de la loi française alors

¹⁵² *Infra*, n°99 et s.

¹⁵³ V. notamment les articles 427 et 446 du Code du 3 brumaire An 4.

¹⁵⁴ Art. 365 et 379 CIC.

¹⁵⁵ « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits la peine la plus forte est seule prononcée.

Lorsqu'une peine principale fait l'objet d'une remise gracieuse, il y a lieu de tenir compte, pour l'application de la confusion des peines, de la peine résultant de la commutation et non de la peine initialement prononcée ».

¹⁵⁶ Sur la présentation de cette règle : v. *infra*, n°435 et s.

¹⁵⁷ Art. 225-5 2° C. pén. V. *infra*, n°47.

¹⁵⁸ Art. 225-12-5 2° C. pén.

¹⁵⁹ Art. 227-19 C. pén. V. *infra*, n°53.

¹⁶⁰ Art. 131-22 al. 2 C. pén.

que l'infraction est commise à l'étranger par une personne étrangère mais résidant *habituellement* sur le territoire français¹⁶¹, ou à l'étranger à l'encontre d'une personne résidant *habituellement* en France¹⁶². Parfois, les infractions sont aggravées lorsqu'elles sont accomplies sur un magistrat, un juré, un officier public ou ministériel, etc. ainsi que sur le conjoint, les ascendants ou descendants de ces personnes, ou toute autre personne vivant *habituellement* à leur domicile, ou étant en relation *habituelle* avec la victime¹⁶³. On retrouve un mécanisme similaire d'aggravation lorsque l'infraction est réalisée par un individu avec l'emploi de la contrainte, de violences ou de manœuvres dolosives sur une personne se livrant à la mendicité, sur sa famille ou sur une personne étant en relation habituelle avec elle¹⁶⁴. Par ailleurs, le recel est aggravé lorsqu'il est commis à l'occasion d'une activité habituelle qui n'est pas en soi punissable¹⁶⁵. Enfin, en matière de peines, l'auteur de certaines infractions encourt des peines complémentaires comme l'interdiction d'exercer, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans, une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact *habituel* avec des mineurs¹⁶⁶.

Dans toutes ces hypothèses, le caractère habituel du comportement n'a pas pour effet d'entraîner la responsabilité pénale de son auteur. Pourtant, le Code pénal fait une référence explicite à l'habitude. La question se pose alors de savoir si ces différents cas doivent être intégrés à une étude sur l'habitude en droit pénal. Il semble qu'ils doivent en être exclus car ils n'ont ni la même définition que l'habitude pénale, ni la même fonction. D'abord, quant à la définition, l'habitude est ici entendue en tant que synonyme de « courant » et serait ainsi une notion de fait laissée à l'appréciation des juges¹⁶⁷. Elle se rapporte alors davantage à une

¹⁶¹ Art. 222-22 al. 3 (agressions sexuelles), 225-11-2 (proxénétisme commis à l'égard d'un mineur), 225-12-3 (recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables), 227-27-1 (mise en péril des mineurs), 436-3 (participation à une activité mercenaire), et 511-1-1 C. pén. (prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée).

¹⁶² Art. 221-5-4 (meurtre commis contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union), 222-6-3 (actes de torture ou de barbarie commis contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union), 222-16-2 et 222-16-3 C. pén. (violences).

¹⁶³ Art. 222-3 4° bis (actes de torture ou de barbarie), 222-8 4° bis (violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner), 222-10 4° bis, 222-12 4° bis, 222-13 4° bis (violences).

¹⁶⁴ 225-4-2 7° (traite des êtres humains), 225-12-6 6° (exploitation de la mendicité) ; 225-12-9 6° (exploitation de la vente à la sauvette).

¹⁶⁵ Art. 314-2 2° C. pén. On remarque d'ailleurs que le recel est doté d'une circonstance aggravante d'habitude (*supra*, n°16).

¹⁶⁶ Art. 222-45 3°, 225-20 7° et 227-29 6° C. pén.

¹⁶⁷ M.-L. RASSAT estime d'ailleurs que l'habitude juridique fait référence à « une condamnation suivie d'un autre fait ». En revanche, l'habitude dans la provocation à la consommation habituelle et excessive de boisson alcoolique n'est pas une habitude « juridique » mais une « notion de fait » à établir par des témoignages (*Droit pénal spécial, op. cit.*, n°395).

activité continue tandis que l'habitude pénale implique une répétition d'actes matériellement distincts. Ensuite, quant à sa fonction, le caractère licite de ces différentes habitudes est un obstacle majeur à leur intégration. En effet, l'habitude doit avoir un sens particulier en droit pénal, en raison de l'objet et de la fonction spécifiques de cette matière, si bien que sa définition doit être réservée aux habitudes pénalement sanctionnées. Pour pouvoir proposer une notion cohérente et efficace de l'habitude, il faut traiter de concepts comparables ; l'intérêt de comparer les habitudes pénalement sanctionnées et celles qui ne le sont pas semble donc limité. Par conséquent, les habitudes non pénalement sanctionnées seront exclues. Ce choix se justifie encore davantage lorsque l'on prend parti sur la conception de l'habitude en droit pénal.

II. La conception de l'habitude individuelle en droit pénal

22. Conception criminologique de l'habitude. Pour déterminer quelles habitudes devaient être pénalement sanctionnées, le législateur pénal avait deux possibilités. La première option consiste à sanctionner les habitudes criminelles au sens criminologique. L'objet de la criminologie étant l'étude scientifique du phénomène criminel¹⁶⁸, cette discipline conçoit évidemment l'habitude comme celle de commettre des infractions. Depuis les débuts de la criminologie, l'habitude criminelle et les criminels d'habitude ont fait l'objet de nombreuses études, ces études étant principalement centrées sur l'identification de ces criminels et les causes de ce phénomène. L'étude du criminel d'habitude s'est donc d'abord faite sous l'angle anthropologique. L'anthropologie criminelle a pour objet l'étude des caractères physiques et mentaux particuliers aux auteurs des crimes et délits¹⁶⁹, en l'occurrence aux criminels d'habitude. Ceux-ci sont donc identifiés grâce aux fameux stigmates déformatifs, et intégrés à des classifications de types criminels. La plus connue est bien évidemment celle de LOMBROSO, qui distinguait le criminel d'habitude du criminel-né ou du criminel d'occasion, afin de marquer ses particularités. Il déclarait avoir constaté qu'en termes de circonférences de crâne, « les criminels d'habitude dépassent les criminels-nés dans les circonférences moyennes et s'en écartent dans les circonférences élevées »¹⁷⁰. Pour compléter ces critères physiques, il recourait également à des critères d'ordre psychologique,

¹⁶⁸ P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 3, Criminologie, 3^{ème} éd., 1975, n°20 ; R. GASSIN, *Criminologie*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2007, n°2.

¹⁶⁹ P. GRAPIN, *L'anthropologie criminelle*, Que sais-je ? n°1498, PUF, 1973, p. 5.

¹⁷⁰ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, trad. de la 4^{ème} éd. ital., Paris, Alcan, 1887, p. 176.

et considérerait, par exemple, que « l'indifférence complète en face de leur victime et en présence des instruments ensanglantés qui ont servi à perpétrer le crime, est un caractère constant chez tous les vrais criminels d'habitude ; et ce caractère suffirait à les distinguer de l'homme normal »¹⁷¹.

Ensuite, compte tenu de l'évolution de la science criminologique, l'habitude criminelle a été analysée sous un angle sociologique, notamment avec LACASSAGNE. Le chef de file de l'École du Milieu social mettait ainsi l'accent sur l'influence prépondérante sinon exclusive du milieu social sur les causes du crime. Par conséquent, il classait les criminels par « habitude du vice » dans la catégorie des criminels de sentiment ou d'instinct, incorrigibles, aux côtés des criminels par tendance héréditaire¹⁷². Parallèlement, l'École de l'interpsychologie, créée par TARDE, mettait en avant l'idée que chacun se conduit selon les coutumes acceptées par son milieu¹⁷³, ce dont on pouvait déduire que la criminalité habituelle était causée par le phénomène d'imitation existant dans un groupe social.

Par la suite, c'est FERRI qui a repris et synthétisé les idées de son maître LOMBROSO. A partir de trois catégories de facteurs criminogènes – anthropologiques, du milieu physique et du milieu social –, il a élaboré une nouvelle typologie criminelle. On y trouve cinq catégories de criminels parmi lesquels le criminel d'habitude, encore appelé « criminel par habitude acquise »¹⁷⁴. Selon lui, le criminel d'habitude présente moins les caractères anthropologiques du criminel-né, mais en raison de multiples facteurs sociaux, notamment la précocité et la récidive, il devient criminel de profession. Criminel de profession et criminel d'habitude étaient ainsi des expressions synonymes jusqu'au III^{ème} Congrès International de Criminologie tenu à Londres en 1955, au cours duquel la dissociation a été établie. Si les deux sont socialement inadaptés, le criminel d'habitude serait criminellement inorganisé, tandis que le criminel de profession serait organisé méthodiquement¹⁷⁵.

Aujourd'hui, les criminologues s'accordent à définir le criminel d'habitude comme le « criminel qui a une tendance constitutionnelle ou acquise à commettre des crimes, se traduisant par la pratique répétée d'infractions pénales, et justifiant la prévision qu'il

¹⁷¹ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, op. cit., p. 248.

¹⁷² A. LACASSAGNE, « Marche de la criminalité en France de 1825 à 1880 (Du criminel devant la science contemporaine) », *La revue scientifique de la France et de l'étranger*, 1881, 1, p. 683.

¹⁷³ R. GASSIN, *Criminologie*, op. cit., n°208.

¹⁷⁴ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, 1893, Paris, Alcan, 2^{ème} éd. 1914, n°22 : les cinq catégories sont les criminels fous, les criminels-nés, les criminels d'habitude, les criminels d'occasion, et les criminels par passion.

¹⁷⁵ P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 3, *Criminologie*, op. cit., n°231 ; R. GASSIN, *Criminologie*, op. cit., n°690.

continuera à les commettre »¹⁷⁶. A cet égard, ils distinguent les délinquants polytropes – qui ont une activité criminelle diversifiée – et les délinquants homotropes¹⁷⁷ – dont l'activité criminelle est plutôt uniforme –, distinction reprise et adaptée en droit pénal¹⁷⁸. Ainsi, on constate que l'habitude est un concept bien connu de la criminologie. Pourtant, malgré les liens étroits qu'entretiennent droit pénal et criminologie¹⁷⁹, le concept d'habitude est beaucoup moins figé en droit pénal.

La conception criminologique de l'habitude est d'une réelle utilité pour le législateur qui peut en effet s'inspirer de certaines idées. Toutefois, en tant que discipline juridique, le droit pénal ne saurait se contenter de reprendre ces idées sans les transposer.

23. Conception juridique de l'habitude. L'habitude peut ainsi se concevoir de manière juridique. S'opposent alors deux conceptions, l'une subjective, l'autre objective. Selon une conception subjective, l'habitude correspond au penchant délictueux de l'agent, à sa dangerosité. Par conséquent, l'habitude correspond à un phénomène subjectif impalpable, et ressemble fort à l'habitude criminelle. A l'inverse, selon une conception objective, l'habitude est constituée uniquement d'éléments objectifs, c'est-à-dire des comportements répétés.

La première conception a généralement la faveur de la doctrine. Il est vrai que de prime abord, on peut légitimement penser que le droit pénal sanctionne sévèrement l'habitude en ce qu'elle est la manifestation de la dangerosité de l'agent. L'amalgame entre habitude criminelle et habitude juridique est ainsi très tentant. La fonction de l'habitude serait alors de sanctionner un état psychologique, la nocuité de certaines personnes. Il serait ainsi séduisant de penser que le droit pénal réprime toutes les habitudes criminelles et seulement les habitudes criminelles, apparaissant ce faisant comme un simple outil technique de lutte contre ce phénomène. Toutefois, une telle conception n'emporte pas l'adhésion. En effet, elle procède d'une confusion entre habitude criminelle et habitude pénale alors que les deux concepts doivent être distingués, notamment parce que le recours à la notion de dangerosité, notion floue et aléatoire, semble critiquable et incompatible avec les contraintes legalistes du droit pénal.

¹⁷⁶ J. BELEZZA DOS SANTOS, « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC* 1954, p. 687, spéc. p. 696.

¹⁷⁷ J. BELEZZA DOS SANTOS, « Récidivistes et délinquants d'habitude », préc., p. 699.

¹⁷⁸ V. *infra*, n°161 (distinction entre récidive générale et récidive spéciale) et n°180 (distinction entre concours réel homogène et hétérogène).

¹⁷⁹ V. par ex. C. BENAC, *Des délinquants d'habitude, dits incorrigibles, et des mesures à prendre à leur égard*, Thèse Toulouse, 1904 ; G. BESSIERE, *La loi pénale et les délinquants d'habitude*, Thèse Paris, 1899.

24. Définition de la dangerosité. Même si certains auteurs se cachent derrière diverses expressions comme « penchant délictueux » ou « propension à commettre des infractions », les partisans de la conception subjective renvoient tous en réalité à la notion de dangerosité, ou d' « état dangereux »¹⁸⁰. Le concept de dangerosité ou d'état dangereux est le concept de base de la criminologie clinique¹⁸¹. Bien que certains auteurs fassent la distinction entre dangerosité – état dangereux psychiatrique, risque potentiel de passage à l'acte d'essence psycho-pathologique – et état dangereux¹⁸², les deux termes seront utilisés comme synonymes.

La dangerosité d'un individu peut se définir comme la grande probabilité qu'il commette une infraction pénale¹⁸³. Alors que certains ne font pas de distinction selon la probabilité de récidive, d'autres considèrent à l'inverse qu'un délinquant est plus ou moins dangereux selon l'importance du risque de récidive qu'il présente¹⁸⁴ : seraient alors dangereux les individus présentant une tendance à violer la loi, comme la tendance à la commission d'une nouvelle infraction¹⁸⁵, ou ceux présentant une prédisposition au crime¹⁸⁶. D'autres auteurs limitent la dangerosité à la tendance à accomplir des actes violents, auquel cas elle se

¹⁸⁰ C. DEBUYST, « Notes sur la notion d'état dangereux », *Revue internationale de défense sociale* 1955, p. 47 ; G. HOUCHON, « Les problèmes posés par l'évolution du concept criminologique de l'état dangereux », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1961, p. 543 ; « Définition et éléments constitutifs de l'état dangereux prédélictuel », *Annales internationales de criminologie*, vol. 2, p. 369 ; « Evolution du concept de dangerosité en criminologie européenne (Vingt ans après) », *Criminologie* 1984, vol. 17, n°2, p. 79 ; J. PINATEL et *alii*, *Le problème de l'état dangereux*, Deuxième cours international de criminologie, 1953 ; R. VIENNE, « Considérations sur la psychologie, l'origine de l'état dangereux et les facteurs de réadaptation des multirécidivistes », *RSC* 1957, p. 53.

¹⁸¹ Il a été formulé en premier par GAROFALO, et plus généralement les positivistes italiens du XIX^{ème} siècle. Le mot « temibilità » qui trouve difficilement d'équivalent en français est traduit par les termes de témibilité, périculosité, redoutabilité, dangerosité ou état dangereux. Ce mot sert à désigner « la perversité constante et agissante du délinquant, et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part, en d'autres termes, sa capacité criminelle » (R. GAROFALO, *La criminologie, Etude sur la nature de crime et la théorie de la pénalité*, éd. Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1890, p. 332). Selon lui, l'état dangereux devait tenir compte de l'adaptabilité, c'est-à-dire sa possibilité d'adaptation. Autrement dit, GAROFALO distinguait la témibilité (capacité criminelle) définie comme la quantité de mal que l'on peut attendre d'un individu qui est en relation avec sa perversité constante, et l'adaptabilité dans la mesure où l'on peut évoluer après avoir commis un acte répréhensible.

¹⁸² J. LEYRIE, cité par M. BODON-BRUZEL et C. KOTTLER, « Etat dangereux », *Dictionnaire de sciences criminelles*, sous la direction de G. LOPEZ et S. TZITZIS, Dalloz, 2004.

¹⁸³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°131 ; R. GASSIN, *Criminologie*, *op. cit.*, n°840 ; B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, 18^{ème} éd., 2011, n°945.

¹⁸⁴ M. ANCEL, « Dangerosité et traitement : le point de vue de la défense sociale », *Annales Internationales de criminologie*, 1983, p. 131.

¹⁸⁵ L. JIMENEZ DE ASUA, « La systématisation juridique de l'état dangereux », in *Le problème de l'état dangereux*, Deuxième cours International de criminologie, *op. cit.*, p. 358. V. aussi C. DEBUYST, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité », *Déviance et société* 1977, p. 3636 ; « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, 1984, n°2, p. 8.

¹⁸⁶ M. PETRUNIK, « Modèles de dangerosité : les contrevenants sexuels et la loi », *Criminologie* 1994, p. 91.

définirait comme la « propension à commettre des actes d'une certaine gravité, dommageables pour autrui ou pour soi, fondés sur l'usage de la violence »¹⁸⁷.

Le droit pénal semble aujourd'hui utiliser la notion de dangerosité pour désigner le risque de récidive, notamment pour justifier le recours aux mesures de sûreté¹⁸⁸. La prévention de la récidive est d'ailleurs au cœur des préoccupations du législateur¹⁸⁹. Ainsi par exemple, la loi du 25 février 2008¹⁹⁰ a créé une nouvelle mesure de sûreté¹⁹¹ sur le modèle du droit allemand¹⁹² : la rétention de sûreté¹⁹³. Elle est applicable aux personnes dont il est établi qu'elles « présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité »¹⁹⁴. Le risque de commission d'une nouvelle infraction peut également justifier le placement sous surveillance électronique mobile¹⁹⁵, et la surveillance judiciaire dépend elle aussi d'une expertise mesurant

¹⁸⁷ P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ pénal* 2008, p. 171. Cette conception semble cependant plus adaptée au milieu pénitentiaire qu'en criminologie.

¹⁸⁸ « Tandis que l'objet de la peine est d'appliquer au délinquant un châtement proportionné à la fois à la faute qu'il a commise et au degré d'indulgence dont il peut être digne, la mesure de sûreté vise seulement, en dehors de toute question de responsabilité pénale, à garantir la Société contre le délinquant, soit en l'éliminant s'il n'est pas amendable, soit en l'amendant par des mesures appropriées si la chose paraît possible » (M. PATIN, « La place des mesures de sûreté dans le droit positif moderne », *RSC* 1948, p. 415).

¹⁸⁹ V. aussi en doctrine : CARTIER M.-E., « La prévention de la récidive des criminels », in *Problèmes actuels de Science criminelle* n°IX, 1996, p. 7; J. PRADEL, « Que faire des délinquants dangereux ? Approche comparative », in *Une criminologie de la tradition à l'innovation, Hommage à Georges Kellens*, Larcier, 2006, p. 441.

¹⁹⁰ Loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. V. notamment J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.

¹⁹¹ Sur la qualification de mesure de sûreté, v. la décision du Conseil constitutionnel (Cons. const. 21 févr. 2008, n°2008-562 DC : *RSC* 2008, p. 731, note C. LAZERGES et *RSC* 2009, p. 166 note B. DE LAMY ; *D.* 2008, p. 1359, note Y. MAYAUD ; *JCP G* 2008, II, 10077, note J.-P. FELDMAN ; *Dr. pén.* 2008, repère 4, P. CONTE).

L'enjeu de la qualification de peine ou de mesure de sûreté était notamment de savoir si les nouvelles dispositions allaient pouvoir s'appliquer rétroactivement ou non.

¹⁹² V. J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal* 2008, p. 209 ; C. KUPFERBERG, « La *sicherungsverwahrung* ou la rétention de sûreté allemande », *Dr. pén.* 2008, étude 8.

Sur la jurisprudence européenne, v. : CEDH 17 déc. 2009, req. n° 19359/04, *M. c/ Allemagne* : *D.* 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *AJ pénal* 2010, p. 129, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2010, p. 228, obs. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2010, étude 9 par L. GREGOIRE et F. BOULAN.

CEDH 21 oct. 2010, req. n° 4478/03, *Grosskopf c/ Allemagne* : *AJ pénal* 2011, p. 45, obs. J.-P. CERE ; *D.* 2011, p. 379, obs. O. BACHELET.

¹⁹³ J.-P. CERE, *Rép. pén. Dalloz*, v° Peine (nature et prononcé), 2011, n° 39 et s. ; M. HERZOG EVANS, « La loi n°2008-147 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJ pénal* 2008, p. 161 ; H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1067 ; P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ pénal* 2008, p. 171 ; J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pén.* 2008, repère 2 ; C. SEVELY-FOURNIE, « L'inquiétante étrangeté de la rétention de sûreté », *RRJ* 2008, p. 1019.

¹⁹⁴ Selon l'art. 706-53-13, al. 1^{er} C. proc. pén., c'est « à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans ».

¹⁹⁵ Art. 763-10 C. proc. pén. et 131-36-9 C. pén.

le « risque de récidive »¹⁹⁶. Si la dangerosité est donc toujours au goût du jour¹⁹⁷, l'utilisation de cette notion en droit pénal encourt de nombreuses critiques.

25. Les critiques de la dangerosité. Plusieurs raisons justifient ainsi l'exclusion de la dangerosité comme critère de l'habitude. D'abord, la notion de dangerosité ou de penchant délictueux est trop floue pour permettre une définition satisfaisante de l'habitude. La notion de dangerosité est en effet obscure car il en existe trop de définitions, manifestant le désaccord des criminologues. Le caractère flou de la notion est souligné par la plupart des auteurs¹⁹⁸, certains allant jusqu'à affirmer qu'il s'agit d'un « non-concept »¹⁹⁹. De plus, il est difficile d'évaluer la dangerosité et d'établir un pronostic de la récidive²⁰⁰. Les expertises de dangerosité « non seulement ne sont pas fiables, mais elles ne peuvent pas le devenir. Elles créent donc l'illusion, sans cesse déçue, d'une appréciation qui serait scientifique de la dangerosité »²⁰¹. C'est alors l'utilisation même de la notion de dangerosité qui est critiquable. Le recours à la dangerosité en droit pénal augmente en effet les risques d'arbitraire judiciaire dans la mesure où il est impossible de déterminer avec certitude si un délinquant a acquis une habitude criminelle subjective. Le juge pénal doit au contraire être encadré dans l'appréciation de l'habitude et cette dernière ne saurait être déterminée uniquement par référence au penchant délictueux de son auteur²⁰².

¹⁹⁶ Art. 723-31 C. proc. pén.

¹⁹⁷ P. ROBERT disait déjà dans les années 1980 à propos de la dangerosité : « Sa santé, n'est jamais apparue plus éclatante ni son commerce plus prospère », cité par J. VERIN, « La dangerosité aujourd'hui », *RSC* 1981, p. 665.

¹⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 17 ; J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviante et Société* 1981, vol. 5, n°4, p. 387 ; C. MARGAINE, *La capacité pénale*, Thèse Bordeaux IV, 2011, n°582 et s ; P. PONCELA, « Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité », *RSC* 1985, p. 62 ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n°691 ; P. ROBERT, « La crise de la dangerosité », in *La question pénale*, Librairie Droz, Genève, 1984, p. 144 ; S. A. SHAH, « Dangerosité : quelques considérations sur les plans légal, politique, et de santé mentale », *Déviante et Société* 1981, vol. 5, n°4, p. 371.

¹⁹⁹ J. VERIN, « La dangerosité aujourd'hui », *préc.*, p. 672.

²⁰⁰ Le diagnostic de dangerosité repose généralement sur deux méthodes : clinique et statistique (tables de prédiction). La méthode clinique se base sur l'interview, l'anamnèse (reconstitution du passé de l'individu) et les tests psychologiques, tandis que la seconde utilise des échelles de prédiction où une série de facteurs considérés comme statistiquement liés aux conduites criminelles. Or, les deux méthodes sont critiquées. La méthode clinique surévaluerait la dangerosité en entraînerait l'application de mesures contraignantes pour la liberté individuelle qui ne sont pas justifiées. La méthode statistique ne tiendrait pas compte des spécificités individuelles et des changements de personnalité ; elle est inutilisable dans la plupart des cas parce qu'elle aboutit à des prévisions de récidive de 50 chances sur 100 ; les taux de prédictions positives sont eux-mêmes erronés (R. GASSIN, *Criminologie, op. cit.*, n°800).

²⁰¹ A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011, p. 21.

²⁰² C'est la raison pour laquelle le droit pénal français ne prévoit que très rarement l'appréciation administrative de l'état dangereux des délinquants (A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français, op. cit.*, n°29). V. toutefois l'art. 803 C. proc. pén. relatif au port des menottes et entraves.

Malgré ces critiques, le législateur continue de recourir explicitement à la dangerosité, poussant certains auteurs à évoquer la mise en place d'un « droit pénal de la dangerosité » en France²⁰³ et d'autres à s'interroger sur la pertinence d'une telle référence²⁰⁴.

26. Choix d'une conception juridique objective de l'habitude. Finalement, on se rend compte qu'au regard de toutes ces critiques, il ne semble pas satisfaisant de consacrer une conception subjective de l'habitude pénale, qui sanctionne le penchant délictueux, la dangerosité de l'auteur. Le principe de légalité criminelle impose en effet de définir à l'avance les comportements répréhensibles et les peines qui leur sont applicables, ce qui implique donc le principe de matérialité des incriminations²⁰⁵. Par conséquent, ne peuvent pas être considérés comme délinquants les personnes qui n'ont pas accompli les actes matériels pros crits par la loi pénale. Or, s'il est presque impossible de rapporter la preuve de l'habitude criminelle sans faire référence à la répétition des comportements, c'est bien que le législateur sanctionne le phénomène objectif de répétition d'infractions. Le conception subjective doit être exclue au profit d'une conception purement objective.

27. Notion d'habitude pénale. Retenir une conception juridique et objective permet en effet de proposer une notion unitaire d'habitude *pénale*. L'habitude pourrait ainsi être définie comme un ensemble de comportements répétés par la même personne. Cette idée implique d'abord de préciser quels comportements peuvent faire l'objet d'une habitude pénale. Il semble préférable d'admettre que l'habitude ne requiert pas l'accomplissement d'un comportement en particulier et qu'elle ne devrait donc pas être définie de manière qualitative. En revanche, elle devrait être identifiée par un critère quantitatif, à savoir le nombre de comportements qui la composent. La condition de répétition implique en effet un minimum de deux comportements distincts suffisants à constituer une habitude. Cette dernière peut toutefois comprendre davantage de comportements car l'existence de comportements supplémentaires ne fait que corroborer l'existence de cette habitude. Si l'habitude se définit donc comme un ensemble comprenant au moins deux comportements, encore faut-il préciser

²⁰³ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69, spéc. p.70.

²⁰⁴ R. GASSIN, « La criminologie clinique de Jean Pinatel et la criminologie clinique actuelle », *Annales internationales de criminologie*, 1999, p. 27 : « Mais, par delà ces observations qui limitent la pertinence de la critique de M. Pouget, il reste cependant l'essentiel de celle-ci. Doit-on bannir toute recherche d'état dangereux comme une utopie néfaste ? ».

²⁰⁵ R. VOUIN et J. LEAUTE, *Droit pénal et procédure pénale*, PUF, Thémis, 3^{ème} éd., 1969, p. 37.

pourquoi ils sont regroupés au sein d'une même entité juridiquement unitaire et autonome. Le fait qu'ils aient été accomplis par la même personne ne suffit ainsi pas forcément à expliquer les raisons pour lesquelles ils sont traités ensemble par le droit pénal, qui doit faire un tri parmi toutes les répétitions de comportements pour désigner spécifiquement l'habitude pénale justifiant une répression spécifique. C'est alors le lien juridique unissant les comportements qui semble justifier une telle appréhension globale des comportements répétés. Autrement dit, ce lien va permettre d'identifier l'habitude pénale au sein de toutes les répétitions.

La notion d'habitude pénale ainsi proposée permet d'appréhender toutes les institutions d'habitude pénale évoquées de manière rationnelle et unitaire car l'infraction d'habitude, la circonstance aggravante d'habitude, la récidive, la réitération et le concours réel d'infractions, vont pouvoir répondre à une définition commune.

28. Répression de l'habitude pénale. L'unité de cette notion d'habitude pénale permettra alors d'en organiser une répression cohérente, calquée sur sa définition. Les spécificités de l'habitude devront rejaillir sur sa répression. D'une part, l'existence de plusieurs comportements va nécessairement bouleverser les règles classiques de répression, de sorte que le régime juridique de l'habitude pénale sera influencé par la répétition de comportements. D'autre part, l'existence d'un lien juridique entre les comportements aura également des incidences sur la répression de l'habitude. En effet, si ce lien justifie que les comportements soient traités ensemble par le droit pénal, il peut servir de fondement à la sanction de l'habitude. Autrement dit, si les comportements répétés sont assemblés au sein d'une entité juridique autonome, c'est pour que cette dernière soit dotée d'une sanction particulière, si bien qu'il est logique que la raison d'être de cet ensemble se répercute sur l'ampleur de sa sanction. La répression de l'habitude pénale semble ainsi découler naturellement de la notion.

29. Plan de la thèse. Seule cette conception juridique objective de l'habitude pénale permet donc d'en proposer une notion unitaire et d'en déduire une répression adaptée et cohérente.

Partie 1 : La notion d'habitude pénale

Partie 2 : La répression de l'habitude pénale

PREMIERE PARTIE :
LA NOTION D'HABITUDE PENALE

30. L'habitude pénale : un ensemble. L'absence de véritable notion d'habitude pénale invite inmanquablement à en proposer une. En se fondant sur une conception juridique objective, l'habitude peut être conçue comme une pluralité de comportements regroupés pour former un nouvel ensemble, une nouvelle entité juridique autonome²⁰⁶. Se posent alors deux questions : de quels comportements s'agit-il ? Pourquoi le droit pénal les traite-t-il ensemble ?

31. Des comportements répétés. L'exigence d'une pluralité de comportements dans l'habitude semble aller de soi ; mais il ne s'agit pas de n'importe quels comportements, ils doivent émaner du même auteur, être *répétés*. Dans la mesure où ils sont regroupés par le droit pénal pour former un nouvel ensemble, ils peuvent être qualifiés d'éléments constitutifs de l'ensemble que forme l'habitude. Cependant, l'existence d'une pluralité de comportements n'est pas spécifique à l'habitude, et le simple fait qu'ils proviennent du même auteur ne suffit pas forcément à justifier que le droit pénal les appréhende ensemble. Il convient alors de trouver un critère qui justifierait une telle union, ce qui revient à répondre à la seconde question : pourquoi ces comportements seraient-ils regroupés au sein d'un même ensemble ?

32. Un lien unissant les comportements. Si le droit pénal unissait ces différents comportements uniquement dans le but de faire produire à l'ensemble des effets particuliers, alors l'habitude ferait incontestablement partie des notions fonctionnelles, notions qui « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »²⁰⁷. En revanche, si l'on parvenait à trouver un critère tenant aux éléments consubstantiels de l'habitude, celle-ci se rattacherait davantage aux notions conceptuelles pour lesquelles « l'utilisation dépend de leur contenu, le contenu ne dépend pas de l'utilisation »²⁰⁸. Cette seconde catégorie de notion, évidemment plus satisfaisante, trouve en l'habitude pénale une application. En effet, les comportements répétés ne méritent d'être traités ensemble que parce que, indépendamment de la fonction de l'habitude, ils sont dépendants les uns des autres en

²⁰⁶ Comp. J. LARGUIER, « « Théorie des ensembles » et qualification pénale », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 95, spéc. p. 100 : « parfois [...] on constate que l'ensemble est pris en considération par le juge au moyen de la juxtaposition de ses éléments, de manière à faire jaillir quelque chose qui ne sera pas la simple réunion de pièces détachées ; la pluralité aboutit à transformer la nature des éléments de l'ensemble, du seul fait de l'accumulation de ces éléments : il y a alors métamorphose par addition ».

²⁰⁷ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP 1950, I, 851, n°4.

²⁰⁸ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », préc., n°4.

raison du lien particulier qui les unit. Certes, ce nouvel ensemble sera doté de fonctions spécifiques, mais ces fonctions reposent sur un critère conceptuel : le lien entre les comportements. C'est ce lien qui justifie que les comportements répétés soient absorbés dans une nouvelle entité, il est le fondement de l'union des comportements au sein de l'habitude. Ce lien juridique est donc également un élément constitutif de la nouvelle entité mais, en ce qu'il permet de faire le tri parmi les différentes répétitions de comportements, il marque sa spécificité de l'habitude et peut alors s'analyser comme l'élément qualifiant de l'habitude pénale.

33. Plan de la première partie. L'habitude pénale se définit ainsi comme un ensemble de comportements répétés réunis par un lien. Autrement dit, les comportements répétés sont les éléments constitutifs de cet ensemble (Titre 1). Ces éléments sont regroupés pour former une habitude en raison du lien qui les unit, ce lien étant alors l'élément qualifiant de l'habitude (Titre 2).

TITRE 1 : LES COMPORTEMENTS REPETES, ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'HABITUDE PENALE

34. Comportements répétés et conception subjective. La place conférée aux comportements répétés dans la notion d'habitude pénale dépend grandement de la conception de l'habitude choisie. Selon une conception subjective, l'habitude n'est composée que du penchant délictueux de l'auteur, et la répétition de comportements ne constitue qu'un moyen de preuve de cette dangerosité²⁰⁹ et non une véritable condition de son existence. Or, admettre que l'habitude consiste seulement en un penchant délictueux revient à dire que le droit pénal ne sanctionne qu'un état psychologique. Pourtant, en droit pénal français, il est impossible d'incriminer un état d'esprit, fût-il dangereux, non extériorisé par une activité matérielle²¹⁰. On ne peut donc pas sanctionner pénalement une simple dangerosité qui ne s'est pas manifestée par un ou plusieurs comportements. Conscients de cette difficulté, les partisans de la conception subjective considèrent qu'une activité matérielle (les comportements répétés) est tout de même nécessaire, mais simplement pour prouver la dangerosité. La distinction n'en est pas moins artificielle car, dans cette logique, si l'on parvenait à prouver la dangerosité de l'agent sans qu'il ait accompli plusieurs comportements, l'habitude serait alors constituée malgré l'absence de répétition. Corrélativement, le fait que la répétition soit systématiquement exigée pour prouver la dangerosité est le signe qu'elle constitue plus qu'un simple moyen de preuve.

35. Comportements répétés et conception mixte. La conception mixte de l'habitude admettant quant à elle que la répétition en est bien une condition de fond, au même titre que la dangerosité²¹¹ ; les critiques formulées à l'encontre de la conception subjective ne lui sont donc pas applicables. Toutefois, il peut sembler paradoxal d'exiger séparément une répétition et une dangerosité car soit la dangerosité résulte de la pluralité d'actes (comme dans la conception subjective) et elle ne peut jamais faire défaut, dans ce cas il n'y aurait aucun

²⁰⁹ En ce sens, v. notamment C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°117 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd., 1913, n°116-II ; E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, éd. L. Larose et L. Tenin, 6^{ème} éd., 1906, p. 120.

²¹⁰ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°66 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°480.

²¹¹ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 1, n°61 ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, LGDJ, Bibliothèque de Sciences criminelles, t. 7, 1967, n°338.

intérêt à exiger deux conditions séparées ; soit la dangerosité ne résulte pas de la pluralité d'actes et il faudra l'établir indépendamment de la répétition, mais cette preuve sera difficile à rapporter, notamment en raison du caractère flou de cette notion²¹². Par conséquent, il semble plus satisfaisant d'admettre que la répétition de comportements suffit, sans que la dangerosité soit exigée, et retenir ainsi une conception purement objective de l'habitude.

36. Comportements répétés et conception objective. L'habitude peut en effet être conçue de manière objective comme une entité composée de plusieurs comportements. Il convient alors de s'interroger sur les caractéristiques de ces comportements, c'est-à-dire répondre aux questions « qui », « quoi » et « combien ». S'agissant d'abord du « qui », il semble qu'à partir du moment où les comportements sont accomplis par la même personne²¹³, l'auteur de la répétition est indifférent. Ses éventuelles qualités particulières n'ont ainsi aucune incidence sur la définition de l'habitude : il peut aussi bien s'agir d'une personne physique que d'une personne morale²¹⁴, d'un majeur que d'un mineur²¹⁵. Ensuite, déterminer le « quoi » consiste à s'interroger sur la nature des comportements répétés, autrement dit se demander s'ils doivent revêtir des qualités particulières pour former une habitude. Intuitivement, l'on pourrait en effet penser que l'habitude nécessite que les comportements qui la forment soient dotés de caractéristiques spécifiques. Pourtant, conçue comme un ensemble de comportements, l'habitude apparaît plus comme un contenant que comme un contenu, auquel cas la nature des comportements peut rester indifférente. Néanmoins, si l'habitude ne peut être identifiée qualitativement par l'auteur des comportements répétés ou leur nature, elle pourrait l'être quantitativement par leur nombre.

37. Plan du Titre 1. L'analyse de l'indifférence à la nature des comportements répétés (Chapitre 1) précèdera donc celle de l'importance du nombre de comportements répétés (Chapitre 2).

²¹² *Supra*, n°25.

²¹³ *Supra*, n°11 et *infra*, n°143.

²¹⁴ Si le Code pénal prévoit des règles différentes pour la récidive des personnes physiques et des personnes morales (art. 132-8 et s.), il n'en reste pas moins que les mécanismes applicables sont les mêmes. En outre, il est tout à fait possible pour une personne morale d'accomplir une infraction d'habitude, plusieurs infractions en concours, ou d'être en état de réitération d'infractions.

²¹⁵ A partir du moment où les mineurs discernants sont responsables pénalement, comme le prévoit l'article 122-8 du Code pénal, ils peuvent commettre des habitudes au même titre que les personnes majeures. Evidemment, les règles spéciales prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante leur sont applicables.

Chapitre 1 : L'indifférence à la nature des comportements répétés

38. Contenant et contenu. En tant qu'éléments constitutifs de l'habitude pénale, on peut légitimement s'interroger sur la nature des comportements répétés. Il ne s'agit pas ici de les envisager sous l'angle de la comparaison, c'est-à-dire par exemple de voir s'ils sont identiques – car cette question relève du lien les unissant plus que de la nature des comportements en eux-mêmes²¹⁶ – mais plutôt de les analyser individuellement, indépendamment les uns des autres. Autrement dit, il faut se demander si l'habitude nécessite, pour sa constitution, l'existence d'un comportement en particulier, qui serait répété. Evidemment, chaque habitude exige des comportements de nature spécifique, de sorte que cette nature participe de la définition de chaque institution et permet de distinguer les habitudes entre elles. Cela étant, si l'habitude est envisagée comme une entité regroupant différents comportements, on peut admettre que la nature de ces comportements est indifférente, auquel cas c'est moins le contenu des comportements répétés qui compte que leur nombre. Affirmer que la nature des comportements répétés est indifférente à la notion d'habitude a deux implications. D'une part, cela signifie que la licéité ou l'illicéité des comportements ne doit pas influencer sur la définition de l'habitude. D'autre part, cela implique que la notion d'habitude ne distingue pas non plus selon le contenu des comportements répétés, qui peut être très varié. Ainsi, tant la licéité des comportements répétés (Section 1) que leur contenu (Section 2) seraient indifférents à la notion d'habitude.

Section 1 : L'indifférence à la licéité des comportements répétés

39. Répétition de l'infraction et répétition dans l'infraction. La définition de l'habitude ne devrait pas distinguer selon la licéité des comportements répétés. Cette affirmation se vérifie en droit positif. Certaines habitudes requièrent en effet pour leur constitution plusieurs comportements intrinsèquement punissables, c'est-à-dire des comportements qui constituent individuellement une infraction pénale, auquel cas l'habitude est la répétition *de* l'infraction. D'autres, en revanche, se contentent de comportements non intrinsèquement punissables, que l'on peut qualifier d'« actes » : l'habitude est alors une répétition *dans* l'infraction. Cette différence ne semble pas constituer un obstacle à l'unité de

²¹⁶ Sur l'exigence d'analogie entre les différents comportements : v. *infra*, n°149 et s.

la notion d'habitude, qui n'empêche pas l'existence de plusieurs catégories d'habitude. La licéité ou l'illicéité des comportements répétés permet d'ailleurs de distinguer les habitudes entre elles. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que l'habitude porte aussi bien sur des comportements licites (§ 1) qu'illicites (§ 2).

§ 1 : La répétition de comportements licites

40. Distinction entre infraction d'habitude et habitude non punissable. En droit pénal, la répétition de comportements licites peut constituer deux institutions différentes. Il peut d'abord s'agir d'une infraction d'habitude²¹⁷, si une telle répétition a pour effet de former une infraction. Il peut à l'inverse s'agir d'une habitude non punissable²¹⁸ si la répétition a pour effet de former une entité licite. Bien que les deux institutions partagent la caractéristique d'avoir pour objet des comportements licites, elles divergent en ce que seule la première est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de son auteur. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'habitude non punissable a été exclue de notre étude²¹⁹.

Or, toute la difficulté réside dans le fait que l'habitude non punissable, si elle ne forme pas une entité infractionnelle à l'instar de l'infraction d'habitude, peut néanmoins participer de la définition du domaine d'une infraction²²⁰. En effet, certains textes incriminant une infraction d'occasion exigent une habitude non punissable. Par exemple, l'article 227-6 du Code pénal incrimine le fait, pour une personne dont les enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile à toute personne disposant d'un droit de visite ou d'hébergement. Il est évident que le fait de résider habituellement à un endroit ne constitue pas une infraction pénale²²¹ ; pourtant, cette condition de résidence habituelle participe de la définition de l'infraction prévue à l'article 227-6. Ainsi, parce qu'il est difficile de distinguer l'infraction d'habitude de l'infraction d'occasion comprenant une habitude non punissable, il convient de trouver un critère permettant de les différencier. Au-delà de l'intérêt évident de dissocier ces deux catégories d'infractions, une telle démarche est indispensable dans la mesure où la définition de l'habitude pénale ne peut pas s'appliquer à l'habitude non

²¹⁷ Sur la définition de l'infraction d'habitude : v. *supra*, n°13.

²¹⁸ Sur la définition de l'habitude non punissable : v. *supra*, n°21.

²¹⁹ *Supra*, n°21.

²²⁰ C'est cependant loin d'être sa seule fonction : v. *supra*, n°21.

²²¹ Pour une étude plus détaillée de l'infraction, v. *infra*, n°51.

punissable, qui est moins une notion juridique qu'une notion de fait²²². Il convient donc d'identifier le critère de distinction qui permettra d'exclure les infractions d'occasion concernées.

La nature des comportements répétés semble à même de différencier les deux institutions de la façon suivante. L'infraction d'habitude a pour objet des éléments constitutifs d'une infraction, qui ne deviennent illicites que lorsqu'ils sont répétés et consomment ainsi l'infraction. Quant à l'habitude non punissable, il est difficile de spécifier son objet en tant que tel, on peut seulement l'identifier *a contrario* de celui de l'infraction d'habitude : il s'agit de comportements licites répétés qui ne sont pas des éléments constitutifs d'une infraction. Le critère de distinction est donc en apparence assez simple, si ce n'est qu'il convient de s'entendre sur la notion d'élément constitutif.

La notion d'élément constitutif d'une infraction semble ainsi devoir être réservée aux conditions de consommation de l'infraction qui tiennent uniquement à la culpabilité de l'auteur, c'est-à-dire aux actes accomplis exclusivement par lui. *A contrario*, tout ce qui n'est pas accompli exclusivement par l'auteur de l'infraction, comme les faits accomplis par un tiers ou encore un comportement commun à l'auteur et à un tiers, ne pourrait pas être qualifié d'élément constitutif²²³. Ces comportements peuvent alors recevoir deux qualifications différentes : ils constituent soit la condition préalable d'une infraction d'occasion, soit l'objet d'une provocation. Par conséquent, pour tracer la frontière entre infraction d'habitude et infraction d'occasion avec une habitude non punissable, il convient d'envisager d'une part la distinction entre élément constitutif et condition préalable (A), et d'autre part le cas particulier dans lequel le comportement habituel est l'objet d'une infraction de provocation (B).

A. La distinction entre élément constitutif et condition préalable

41. Démarche. La distinction entre élément constitutif et condition préalable n'étant pas toujours claire, ni en doctrine, ni en jurisprudence, il faudra la préciser (1) avant de l'appliquer à la définition de l'habitude (2).

²²² *Supra*, n°21.

²²³ Il est vrai que dans certaines hypothèses, celui que la loi qualifie d'auteur de l'infraction n'est pas celui qui accomplit matériellement les actes, comme l'auteur moral. Néanmoins, dans ce cas de figure, la qualification d'auteur de l'infraction est due à un mode particulier d'imputation.

1. Présentation de la distinction

42. Pluralité de définitions de la condition préalable. La distinction entre élément constitutif et condition préalable est difficile à cerner, notamment parce que la seconde notion n'a jamais été définie unanimement et est même parfois rejetée. Le professeur VOUIN considérerait qu'il fallait distinguer entre conditions préalables et éléments proprement constitutifs, les premières étant des conditions d'existence de l'infraction et donc des situations préexistant à l'infraction²²⁴. Depuis, de nombreux auteurs ont proposé une définition de la condition préalable : c'est une « situation juridique ou matérielle préalable à l'infraction, et qui rend délictueux le comportement de l'auteur »²²⁵, une « situation particulière à partir de laquelle certaines infractions peuvent se développer »²²⁶, ou encore un « sorte de tissu, extérieur à l'infraction elle-même, mais sur la trame duquel le coupable a ensuite noué, d'une façon indissociable, le fil de ses agissements délictueux »²²⁷.

Quelle que soit la définition proposée, la majorité des auteurs s'accorde à dire que la condition préalable est forcément de nature non délictuelle²²⁸. Cette opinion doit être approuvée car si la condition préalable était de nature délictuelle, elle ne pourrait pas se distinguer de l'élément constitutif, à supposer qu'il y ait un intérêt à distinguer les deux²²⁹. Comme l'a énoncé VOUIN, la condition préalable devrait être conçue comme une situation

²²⁴ R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1953, n°56 (à propos de l'abus de confiance).

²²⁵ *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF Quadrige, 2011.

²²⁶ J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726.

²²⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, Cujas, 1^{ère} éd., 1982, n°15.

²²⁸ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 74, 2008, n°224 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, n°433 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°433 ; J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », préc., p. 727 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, Série droit privé, 4^{ème} éd., 2010, n°137 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit. n°294 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009, n°15, p. 193 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, n°26.

Contra : B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, n°18, et Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010, n°199.

²²⁹ Certains auteurs n'attachent pas grand intérêt à la distinction : ils reconnaissent un simple intérêt pédagogique à la notion de condition préalable (J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} éd., 2010, n°897). D'autres indiquent que la recours à cette notion permet de démontrer que le commencement d'exécution de la tentative n'apparaît qu'au moment où le délinquant entreprend d'accomplir les actes formant l'élément matériel, mais qu'il ne saurait être question de prétendre le découvrir à l'époque où se manifeste l'une ou l'autre des conditions préalables de l'infraction (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, op. cit., n°15). Le principal intérêt de la distinction entre élément constitutif et condition préalable de l'infraction réside dans le fait que la condition préalable ne permet pas de localiser l'infraction dans l'espace (*infra*, n°387). L'existence d'une condition préalable ne saurait donner à une infraction, par sa seule présence, le caractère d'une infraction complexe (G. LEVASSEUR, *RSC* 1967, p. 165 et 167). Cependant, la jurisprudence a parfois retenu des solutions contraires, notamment en matière d'abus de confiance : Cass. crim. 12 févr. 1979 : Bull. crim. n°60 ; *D.* 1979, IR, p. 177, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *RSC* 1979, p. 575, obs. P. BOUZAT ; *RSC* 1980, p. 421 obs. J. LARGUIER ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n°15.

juridique préexistant à l'infraction. Dès lors, sauf exception²³⁰, il semble logique de considérer qu'il s'agit de faits non punissables.

Ainsi, la condition préalable d'une infraction est composée d'un ou plusieurs faits licites. Or, on sait que les éléments constitutifs d'une infraction peuvent également être licites : l'infraction d'habitude en fournit une parfaite illustration puisque chaque acte la composant ne peut pas être puni isolément. Les deux notions ne pouvant pas être distinguées grâce à ce paramètre, il faut donc trouver des critères de distinction plus efficaces.

43. Extériorité. On pourrait d'abord distinguer selon que le comportement relève d'une définition pénale ou extra-pénale. Certains auteurs estiment ainsi que la condition préalable doit remplir une condition d'extériorité, c'est-à-dire ne pas relever du droit pénal mais du droit civil, du droit commercial²³¹, etc. La condition préalable serait alors « une situation juridique mise sous protection de la loi pénale »²³². Si la proposition est séduisante, elle peut se révéler délicate à appliquer lorsque la condition préalable porte sur un comportement, certes licite, mais considéré comme déviant, à l'instar de la prostitution ou la mendicité²³³.

44. Critère de l'auteur du comportement. Il semble en réalité que les notions d'élément constitutif et de condition préalable peuvent être identifiées grâce à leur auteur. Tous les actes qui, selon le texte d'incrimination, doivent être accomplis par l'auteur de l'infraction, c'est-à-dire qui relèvent de sa culpabilité, seraient des éléments constitutifs, tandis que les autres constitueraient des conditions préalables. Autrement dit, l'acte illicite caractéristique de l'infraction serait un élément constitutif alors que les actes circonstanciels licites qui posent les conditions de réalisation de cette infraction et sont accomplis par une autre personne que l'auteur seraient des conditions préalables. Les conditions préalables « n'intègrent pas la matérialité, mais permettent seulement de la révéler, elles ne sont pas “constitutives” »²³⁴. Par exemple, dans l'abus de confiance²³⁵, la remise de la chose par la victime s'apparente plus à une condition préalable qu'à un élément constitutif car elle ne

²³⁰ Il est en effet possible d'admettre que la condition préalable est illicite à condition de ne pas avoir été accomplie par l'auteur de l'infraction : v. *infra*, n°50.

²³¹ J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n°15, p. 193.

²³² A. DECOCQ, obs. sous Cass. crim. 29 oct. 1966 et 25 mai 1967, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 741 et 1968, p. 476.

²³³ Sur ce point, v. *infra*, n°46 et 49.

²³⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°199.

²³⁵ Art. 314-1 C. pén.

constitue pas un acte illicite accompli par l'auteur de l'infraction mais une circonstance dans laquelle peut se réaliser l'infraction.

Par conséquent, si l'on s'en tient à ce raisonnement, lorsque les actes doivent être accomplis exclusivement par l'auteur de l'infraction, ce sont des éléments constitutifs d'une infraction, qui peut être une infraction d'habitude²³⁶. En revanche, si les actes sont accomplis par une personne autre que l'auteur de l'infraction, ces actes peuvent être qualifiés de condition préalable, auquel cas il s'agira d'une infraction d'occasion avec habitude non punissable. La distinction ayant été présentée, il convient de l'appliquer.

2. Application de la distinction

45. Exemples. La qualification juridique de condition préalable ou d'élément constitutif permet de distinguer l'infraction d'habitude et l'infraction d'occasion avec habitude non punissable. Les infractions liées à la prostitution en sont la meilleure illustration (a), mais d'autres exemples permettent également de s'en convaincre (b).

a) Infractions liées à la prostitution

46. Définition de la prostitution. La prostitution est exigée dans plusieurs infractions. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la prostitution était définie comme une activité habituelle. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation considérait que se prostituer, « c'est faire métier de livrer son corps aux plaisirs sexuels d'autrui pour de l'argent »²³⁷, l'expression « faire métier » impliquant l'habitude. De même, l'article 1^{er} du décret du 5 novembre 1947²³⁸, définissait la prostituée comme « toute femme qui consent habituellement à des rapports sexuels, avec un nombre indéterminé d'individus, moyennant rémunération ». Par conséquent, le texte d'incrimination du proxénétisme n'avait pas besoin

²³⁶ Le premier acte de l'infraction d'habitude devrait recevoir la qualification d'élément constitutif au même titre que le ou les actes suivants. Cette opinion n'est pas partagée par tous. Par exemple, E. DASKALAKIS affirmait que « L'infraction n'englobe pas dans sa structure l'acte qui a été commis avant l'acquisition de l'habitude » (*La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, Thèse Paris, 1969, p. 304). Cette analyse est logique uniquement si l'on retient une conception subjective de l'habitude, ce qui n'est pas le cas ici. Le principal intérêt de la qualification du premier acte tient à la caractérisation de la complicité dans l'infraction d'habitude (*infra*, n°351).

²³⁷ Cass. civ. 19 nov. 1912 (2 arrêts) : *DP* 1913, 1, 353, note LE POITTEVIN.

²³⁸ Décret n°47-253, *D.* 1947, p. 453.

de mentionner une condition d'habitude quant à la prostitution, puisqu'elle était intrinsèquement habituelle. L'abrogation du décret de 1947²³⁹ et l'avènement du nouveau Code pénal ont toutefois contribué à une évolution de la jurisprudence. Désormais, la chambre criminelle semble avoir écarté l'habitude de la définition de la prostitution. Selon elle, se prostituer consiste à « se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »²⁴⁰. Dès lors, la prostitution ne doit être habituelle que si le texte pénal le prévoit car l'habitude n'en fait plus naturellement partie.

Il est important de remarquer que la prostitution n'est pas en elle-même illicite, au sens où elle ne constitue pas une infraction pénale²⁴¹. Certes, la prostitution des mineurs est interdite²⁴², mais le mineur qui s'y livre ne sera pas sanctionné pénalement²⁴³. Le législateur n'incrimine en effet pas la prostitution mais plutôt ceux qui favorisent ce commerce sexuel ou en profitent²⁴⁴. Ainsi, la prostitution étant une activité licite, elle est tout autant susceptible de constituer la condition préalable d'une infraction qu'un de ses éléments constitutifs. La

²³⁹ Décret abrogé par l'ordonnance n°60-1246 du 25 nov. 1960.

²⁴⁰ Cass. crim. 27 mars 1996 : Bull. crim. n°138, *Dr. pén.* 1996, p. 182, obs. M. VERON ; *RSC* 1996, p. 853, obs. Y. MAYAUD. *Contra* : CA Montpellier, 17 nov. 2004 : *JCP G* 2005, IV, 3637.

²⁴¹ En effet, le droit français se situe dans une logique abolitionniste, c'est-à-dire que la prostitution est officiellement ignorée, par opposition à d'autres législations qui adhèrent soit au prohibitionnisme (la prostitution est incriminée en tant que telle) soit au réglementarisme (la prostitution n'est pas incriminée mais elle est réglementée). V. sur ce point M.-H. RENAULT, « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006, p. 296.

Seul le racolage est incriminé à l'article 225-10-1 du Code pénal, depuis la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : « Le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ». Le racolage peut se définir comme « l'opération de recrutement de partenaires en vue de relations sexuelles » (M.-L. RASSAT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-5 à 225-12, fasc. 20 : proxénétisme et infractions qui en résultent, 2009, n°73), c'est donc en quelque sorte une étape antérieure à la prostitution.

²⁴² L'art. 13 II de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale dispose que « la prostitution des mineurs est interdite sur tout le territoire de la République ».

²⁴³ En revanche, le comportement du client du mineur est incriminé. L'article 225-12-1 du Code pénal dispose que « le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende ». Cette infraction est d'ailleurs dotée d'une circonstance aggravante d'habitude (art. 225-12-2 1°).

²⁴⁴ Un auteur fait remarquer que si la clémence à l'égard des prostitués peut se comprendre, « le juriste ne peut cependant qu'être choqué du manque de logique du système puisque le régime français de traitement de la prostitution et du proxénétisme déroge à tous nos principes traditionnels de qualification pénale. Le fait principal qui est la source du déclenchement du système pénal (l'acte de prostitution) n'est pas punissable et cela même s'il est commis par un mineur dont la prostitution est cependant interdite. Des actes de provocation, d'aide, assistance ou fourniture de moyens pour l'acte principal qui seraient, en droit commun, des actes de complicité, sont incriminés comme des infractions principales distinctes. Les auteurs de l'acte principal (prostitués) qui ne sont pas susceptibles d'être poursuivis sont, en outre, considérés comme des victimes des personnes qui les ont aidés à accomplir les faits critiqués mais qu'on ne leur reproche pas, et peuvent obtenir l'indemnisation du « préjudice » qui leur a été ainsi causé » (M.-L. RASSAT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-5 à 225-12, fasc. 20, préc., n°10).

qualification juridique de ce comportement permet donc de savoir si une infraction est une infraction d'habitude ou une infraction d'occasion avec une habitude non punissable, question qui se pose aussi pour le proxénétisme et la tolérance habituelle de la prostitution.

47. Proxénétisme. La condition de prostitution habituelle apparaît dans de nombreux cas de proxénétisme²⁴⁵. L'article 334 de l'ancien Code pénal, dont les dispositions ont été reprises aux articles 225-5 et 225-6 du nouveau Code pénal, distinguait plusieurs cas de proxénétisme²⁴⁶. D'abord, concernant le fait de tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution²⁴⁷, la jurisprudence considère qu'il faut distinguer deux délits distincts. Dans un arrêt du 13 mai 1954, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet précisé, à propos de l'article 334, que « ledit paragraphe comprend deux dispositions distinctes : l'une qui punit comme proxénète celui ou celle qui, sous une forme quelconque, partage les produits de la prostitution d'autrui, l'autre qui vise ceux qui reçoivent des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ; le caractère habituel de la prostitution n'est exigé qu'en ce qui concerne la seconde de ces infractions »²⁴⁸. Cet arrêt a été interprété de diverses manières. Le professeur LEVASSEUR a ainsi considéré que la Cour avait, par un

²⁴⁵ Mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, concernant l'aide, l'assistance ou la protection de la prostitution d'autrui (225-5 al. 1 1° C. pén. ; art. 334 1° ACP), la condition d'habitude n'est pas exigée : un seul acte d'aide, et un seul acte de prostitution suffisent (Cass. crim. 10 mars 1955 : Bull. crim. n°151 ; 20 nov. 1956 : Bull. crim. n°764 ; CA Pau 12 juill. 1989 : *Juris-Data* n°1989-044540 ; CA Nîmes 5 avr. 2002 : *Juris-Data* n°2002-184119). C'est également le cas lorsque le proxénétisme consiste à embaucher, entraîner ou détourner une personne en vue de la prostitution ou exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire (art. 225-5 al. 1 3° C. pén. ; art. 334 4° ACP ; Cass. crim. 5 mars 1953 : Bull. crim. n°80). Le fait de faire office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui (art. 225-6 1° C. pén. ; art. 334 5° ACP) n'a pas non plus à être répété (Cass. crim. 24 mai 1946 : *D.* 1946, p. 270 ; 18 juill. 1989 : Bull. crim. n°290, *RSC* 1990, p. 73, obs. G. LEVASSEUR ; 22 nov. 1994 : *Dr. pén.* 1995, comm. 140 ; 9 oct. 1996 : Bull. crim. n°355, *Dr. pén.* 1997, comm. 36, obs. M. VERON, *RSC* 1997, p. 384, obs. Y. MAYAUD).

²⁴⁶ Art. 334 ACP : « Est considéré comme proxénète celui qui ou celle qui : 1° d'une manière quelconque aide, assiste, ou protège sciemment la prostitution d'autrui ou le racolage en vue de la prostitution ; 2° sous une forme quelconque, partage les produits de la prostitution d'autrui ou reçoit des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ; 3° vivant sciemment avec une personne se livrant à la prostitution, ne peut justifier de ressources suffisantes pour lui permettre de subvenir seul à sa propre existence ; 4° embauche, entraîne ou entretient, même avec son consentement, une personne majeure en vue de la prostitution ou la livre à la prostitution ou la débauche ; 5° fait office d'intermédiaire, à un titre quelconque, entre les personnes se livrant à la prostitution ou à la débauche, et les individus qui exploitent ou rémunèrent la prostitution ou la débauche d'autrui ».

²⁴⁷ Article 225-5 2° C. pén. ; art. 334 al. 1 2° ACP.

²⁴⁸ Cass. crim. 13 mai 1954 : Bull. crim. n°181 ; *D.* 1954, p. 695, note F. G. ; *RSC* 1955, p. 83, obs. L. HUGUENEY. Qualification d'infraction simple confirmée par Cass. crim. 29 janv. 1965 : *D.* 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU ; *RSC* 1965, p. 655, obs. L. HUGUENEY ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°87, et Cass. crim. 17 mars 2004 : Bull. crim. n°72.

obiter dictum, jugé que la réception de subsides était un délit d'habitude²⁴⁹. Or, s'il est indéniable que la condition d'habitude est bien exigée, elle n'a pas pour objet le comportement de l'auteur de l'infraction (la réception de subsides) mais un acte extérieur à l'activité de l'agent (la prostitution). Certains auteurs se fondent pourtant sur le terme « subsides » pour justifier la qualification d'infraction d'habitude²⁵⁰ car il impliquerait une aide financière périodique, donc habituelle. Si les subsides se définissent classiquement comme un « secours (en général une aide financière) apporté à une personne en vue de subvenir à son existence »²⁵¹, cette définition civiliste ne semble pas adaptée ici parce que le versement des sommes d'argent ne correspond en aucun cas au substitut d'un devoir de famille. En outre, rien n'indique que ce secours doit être répété. Par conséquent, il nous semble que ni la première infraction ni la seconde ne sont des infractions d'habitude mais qu'elles constituent plutôt des infractions d'occasion. Cette présentation est également valable pour les infractions de proxénétisme définies par le Code pénal actuel puisqu'il n'y a pas eu de changement notable dans la rédaction des textes. En conclusion, on peut donc remarquer que la prostitution habituelle est souvent une condition préalable de l'infraction de proxénétisme, qui est une infraction d'occasion. En revanche, la prostitution habituelle ne semble pas être une condition préalable de l'infraction de tolérance habituelle de la prostitution.

48. Tolérance habituelle de la prostitution. L'article 225-10 2° du Code pénal interdit à une personne qui détient, gère, exploite, dirige, fait fonctionner, finance ou contribue à financer un établissement quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou dans ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution. A la lecture de cet article, on semble comprendre que c'est l'acceptation ou la tolérance qui doit être habituelle, et non la prostitution. C'est d'ailleurs en ce sens que statue la jurisprudence²⁵². Le délit suppose ainsi que plusieurs faits de tolérance

²⁴⁹ G. LEVASSEUR, « Le proxénétisme n'est pas une infraction d'habitude », note sous Cass. crim. 18 juill. 1989, RSC 1990, p. 73. V. également J.-H. ROBERT, « Contagion d'habitudes vicieuses », note sous Cass. crim. 19 mars 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 89, et *JCP E* 2008, n°31-34, p. 8.

²⁵⁰ M.-L. RASSAT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-5 à 225-12, fasc. 20, préc., n°34, et *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°446 ; et M. DAURY-FAUVEAU, *Droit pénal spécial, Livres 2 et 3 du code pénal : infractions contre les personnes et les biens*, PUF, coll. essais, 2010, n°434.

²⁵¹ *Vocabulaire juridique*, (sous la direction de G. CORNU), *op. cit.*

²⁵² Cass. crim. 25 mai 1949 : Bull. crim. n° 188, *D.* 1949, p. 447 ; 31 janv. 1952 : Bull. crim. n°37 ; 12 déc. 1963 : Bull. crim. n° 361 ; 13 oct. 1965 : Bull. crim. n°196, *D.* 1965, p. 822.

aient été commis dans l'établissement. La Cour de cassation admet qu'il s'agisse de la même prostituée, autrement dit qu'il y ait habitude dans le cas de la tolérance de plusieurs actes de prostitution accomplis par une seule personne au cours de la même journée²⁵³. En revanche, un seul acte de tolérance commis par plusieurs personnes est insuffisant²⁵⁴, ce qui est logique dans la mesure où il n'y a qu'un seul fait de tolérance. Il est intéressant de noter que le texte n'exige pas que la prostitution soit, pour celui qui la pratique, une activité habituelle : un responsable de lieu public peut donc être coupable de cette infraction s'il reçoit habituellement des prostituées occasionnelles²⁵⁵. Dans cette infraction, l'objet de la répétition porte sur le comportement de l'agent (le fait de tolérer), ce qui caractérise donc bien une infraction d'habitude.

La qualification de condition préalable ou d'élément constitutif permet ainsi de distinguer les infractions d'occasion avec habitude non punissable des infractions d'habitude. L'affirmation mérite toutefois d'être confirmée par d'autres exemples.

b) Autres exemples

49. Exploitation de la mendicité habituelle. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la mendicité était incriminée²⁵⁶. Mais au cours du XX^{ème} siècle, elle a été dépénalisée²⁵⁷ pour ne devenir qu'une simple forme de déviance en principe non punissable²⁵⁸. Comme en matière de proxénétisme, c'est l'exploitation de ce comportement licite qui est incriminée²⁵⁹. L'article

²⁵³ Cass. crim. 9 juill. 1948, *D.* 1948, p. 410 ; 29 janv. 1963 : *JCP* 1963, II, 13215, note J.-P. LE GALL.

²⁵⁴ CA Grenoble 15 mai 1996 : *Dr. pén.* 1996, comm. 242, obs. M. VERON.

²⁵⁵ En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°638.

²⁵⁶ Art. 269 et s. ACP. Etaient ainsi punis le fait de mendier dans un lieu où existe un établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité, ainsi que le fait pour un individu valide, de mendier de manière habituelle dans un endroit où il n'existe pas de dépôt de mendicité. Des délits spéciaux étaient même prévus en fonction des circonstances de commission telles que l'usage de menaces, la réunion, etc. En outre, la mendicité était assimilée au vagabondage.

²⁵⁷ Sauf l'article 227-20 du Code pénal qui incrimine le fait de provoquer directement un mineur à la mendicité, et l'article 312-12-1 qui prévoit une infraction de mendicité agressive intitulée demande de fonds sous contrainte.

²⁵⁸ Ce qui a entraîné un transfert de réglementation vers l'autorité administrative. L'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales laisse au maire la possibilité de contrôler l'exercice de la mendicité dans sa commune et dispose à cet effet des pouvoirs de police visant le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Or, le non-respect des règlements de police est sanctionné par l'art. R. 610-5 du Code pénal : il peut donc s'agir dans certaines circonstances d'une contravention de première classe. Sur l'aspect de police administrative : v. J. SAYAH, « Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé », *RSC* 1997, p. 45.

²⁵⁹ L'article L. 4741-8 du Code du travail prévoit que « le fait d'employer des mineurs à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession, est puni des peines prévues aux articles 225-12-6 et 227-29 du Code pénal ». Le problème est que pour employer des mineurs à la mendicité habituelle, il faut

225-12-5 alinéa 1 2° du Code pénal incrimine ainsi le fait de « tirer profit de la mendicité d'autrui, d'en partager les bénéfices ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la mendicité ». Selon une interprétation stricte du texte, la condition d'habitude porte sur la mendicité et non sur la réception de subsides²⁶⁰. Or, la mendicité émane nécessairement d'une personne autre que celle qui l'exploite : c'est une condition préalable de l'exploitation de la mendicité. Cette infraction n'est donc pas une infraction d'habitude²⁶¹ mais une infraction d'occasion.

50. Exploitation de la « vente à la sauvette » habituelle. Dans la même logique, la loi du 14 mars 2011²⁶² a créé un nouveau délit d'exploitation de vente à la sauvette habituelle, incriminé à l'article 225-12-8 alinéa 2 du Code pénal. Ce texte assimile à l'exploitation de la vente à la sauvette le fait de recevoir des subsides d'une personne commettant habituellement l'une des infractions mentionnées à l'article 446-1. Par conséquent, on pourrait penser que le fait de vendre à la sauvette habituellement est la condition préalable de l'infraction d'exploitation ; or, contrairement à la prostitution et la mendicité, la vente à la sauvette constitue en elle-même un délit²⁶³. Quelles sont alors les qualifications de ces différentes infractions ? La vente à la sauvette est une infraction d'occasion, consommée par un seul acte. L'exploitation de la vente à la sauvette est également une infraction d'occasion dans la mesure où le texte d'incrimination ne pose aucune condition de répétition²⁶⁴. Toutefois, elle requiert pour sa constitution que la personne commette habituellement l'infraction de vente à la sauvette. De prime abord, cette condition ne semble pas pouvoir s'analyser comme une

nécessairement commettre plusieurs actes de sorte qu'il s'agirait aussi d'une infraction d'habitude. Cette infraction vise à réprimer l'exploitation habituelle de la fragilité des mineurs au travers de l'apparence d'un travail licite.

²⁶⁰ Par ex. CA Paris 14 mai 2008 : *Juris-Data* n°2008-362467 : un homme, conjoint de la tutrice d'une mineure de quinze ans a été condamné car il obligeait cette dernière à mendier quotidiennement dans un centre commercial et à lui remettre l'intégralité de ses gains.

²⁶¹ *Contra* : M.-C. SORDINO, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-12-5 à 225-12-7, fasc. 20 : exploitation de la mendicité, 2010, n°16, qui estime que la réception de subsides est une infraction d'habitude car l'expression « subsides » renvoie au caractère périodique d'une aide financière. Pour une critique de cet argument, v. *supra*, n°47.

²⁶² Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

²⁶³ Art. 446-1 C. pén. : « La vente à la sauvette est le fait, sans autorisation ou déclaration régulière, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des biens ou d'exercer toute autre profession dans les lieux publics en violation des dispositions réglementaires sur la police de ces lieux.

La vente à la sauvette est punie de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ».

²⁶⁴ Ici aussi, l'argument selon lequel le terme « subsides » impliquerait des versements répétés ne semble pas décisif (*supra*, n°47).

condition préalable dans la mesure où la vente à la sauvette est en soi illicite²⁶⁵. Pourtant, une condition préalable pourrait être illicite dès lors qu'elle est accomplie par une personne autre que l'auteur de l'infraction, comme c'est le cas pour les infractions de conséquence²⁶⁶. Par conséquent, l'infraction de vente à la sauvette commise habituellement est bien la condition préalable de l'infraction d'exploitation de vente à la sauvette, qui répond à la définition de l'infraction d'occasion.

La qualification juridique du comportement répété n'est donc pas toujours évidente, ce qui est confirmé par l'analyse des infractions visant des relations habituelles.

51. Relations habituelles. La notion de relations habituelles apparaît dans plusieurs infractions. D'abord, l'article 321-6 du Code pénal incrimine de manière générale le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect²⁶⁷. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une infraction d'habitude²⁶⁸. Pourtant, il semble que les relations habituelles visées par ce texte peuvent recevoir la qualification de condition préalable car elles ne visent pas des comportements exclusifs de l'agent, mais des agissements que l'agent partage avec un tiers et qui sont distincts des actes incriminés, c'est-à-dire le fait de ne pas pouvoir justifier de ses ressources ou de l'origine d'un bien²⁶⁹.

Malgré cette incrimination générale, plusieurs infractions prévoient des cas particuliers de non-justification de ressources. Ainsi, est spécialement incriminé le fait de ne pouvoir justifier des ressources correspondant à son train de vie tout en étant en relations habituelles

²⁶⁵ Le fait que l'infraction d'exploitation exige une commission habituelle de l'infraction de vente à la sauvette n'a pas pour effet de transformer celle-ci en infraction d'habitude car elle reste consommée par le premier acte d'exploitation.

²⁶⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n°199, à propos du recel : « même marquée du sceau de l'irrégularité, elle est étrangère à ce que constitue l'infraction. Là est toute la subtilité permettant de séparer données préalables et éléments constitutifs : seraient-elles licites, les conditions préalables, par hypothèse, n'empruntent rien au comportement incriminé ».

²⁶⁷ Une circulaire du 3 févr. 2006 (2006-02/G1-03/02/2006) précise que « cet élargissement du délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie à l'ensemble des infractions procurant un profit a pour objet de lutter plus efficacement contre l'économie souterraine. En effet, cette infraction, jusqu'à présent limitée à huit délits spécifiques, ne permettait pas de prendre en compte des délits très répandus ».

²⁶⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n°620.

²⁶⁹ Ici, l'expression « tout en étant » n'implique pas une concomitance mais est liée au caractère continu de la relation qui peut exister entre les deux personnes.

avec une ou plusieurs personnes se livrant à la mendicité²⁷⁰, à la prostitution²⁷¹, à des actes de terrorisme²⁷², et depuis peu à la vente à la sauvette²⁷³. La loi ne donne aucune définition sur la nature de ces relations, qui semblent donc pouvoir se limiter à des entrevues, des rencontres ou des visites, à la condition que ces agissements soient suffisamment répétés pour en déduire que les intéressés entretiennent des rapports étroits. On perçoit déjà la difficulté de quantifier ces relations, notamment parce qu'il s'agit moins d'actes distincts que d'une activité continue. C'est une des raisons pour lesquelles la définition de l'habitude en droit pénal est difficilement applicable aux habitudes non punissables²⁷⁴. Ce problème se retrouve d'ailleurs également à propos de la résidence habituelle.

52. Résidence habituelle des enfants. L'article 227-6 du Code pénal incrimine le fait pour une personne dont les enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile dans un délai d'un mois à compter de ce changement aux personnes qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement. Les articles 227-7 et 227-8 incriminent quant à eux le fait de soustraire un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale, ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle. La résidence habituelle des enfants est un fait licite étranger au comportement de l'auteur de l'infraction et antérieur à celui-ci : il s'agit donc d'une condition préalable de ces infractions d'atteinte à l'exercice de l'autorité parentale, qui ne sont pas des infractions d'habitude mais des infractions d'occasion avec une habitude non punissable. Ici on remarque que le droit pénal recourt à la notion civiliste²⁷⁵ de « résidence »²⁷⁶, le terme « habituellement » ne servant ici qu'à désigner le foyer dans lequel les enfants sont le plus souvent, ce qui n'a rien à voir avec la répétition de comportements de l'habitude pénale.

²⁷⁰ Art. 225-12-5 al. 2 C. pén.

²⁷¹ Art. 225-6 3° C. pén.

²⁷² Art. 421-2-3 C. pén.

²⁷³ Art. 225-12-8 C. pén.

²⁷⁴ Sur cette question de quantification : v. *infra*, n°119 et s.

²⁷⁵ Ici, le fait qu'il s'agisse d'une notion extra-pénale confirme pour certains auteurs la qualification de condition préalable.

²⁷⁶ La résidence est le « lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon assez stable mais qui peut n'être pas son domicile (par exemple résidence secondaire, résidence conjugale ne coïncidant pas avec le domicile de fonction que la femme a dans une ville voisine, etc.) et auquel la loi attache principalement, subsidiairement ou concurremment avec le domicile, divers effets de droits » (*Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, *op. cit.*). Cette définition permet de distinguer la résidence qui est une notion de fait, beaucoup plus concrète, du domicile, notion de droit, plus abstraite, mais aussi plus stable dans la mesure où elle est, aux yeux de la loi, le lieu où l'individu a le centre de son activité (Y. BUFFELAN-LANORE, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Domicile et demeure, 2010, n°3).

Ainsi, la distinction entre élément constitutif et condition préalable permet de tracer la frontière entre les infractions d'habitude et les infractions d'occasion avec habitude non punissable. Il existe d'autres infractions d'occasion avec habitude non punissable, mais pour lesquelles l'habitude ne peut pas être qualifiée de condition préalable. Il s'agit du cas dans lequel les comportements licites sont l'objet d'une infraction de provocation.

B. Les comportements licites objet d'une provocation

53. Cas particulier. La provocation d'un mineur à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques est incriminée à l'article 227-19 du Code pénal. Dans cette infraction, l'on peut se demander si c'est la provocation ou la consommation qui doit être répétée. Selon une lecture stricte du texte, la condition d'habitude s'applique seulement à la consommation d'alcool, consommation qui constitue l'objet de la provocation. Une provocation unique est donc répréhensible dès lors qu'elle tend à la consommation habituelle²⁷⁷. La jurisprudence semble d'ailleurs statuer en ce sens²⁷⁸, ce qui plaide en faveur de la qualification d'infraction d'occasion. La condition d'habitude a donc pour objet un comportement extérieur à l'activité de l'agent. Cependant, la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques est-elle licite ? Le Code de la santé publique incrimine la consommation excessive de boissons alcooliques²⁷⁹, *a fortiori* si elle est habituelle, mais seulement si elle a lieu dans des lieux publics. Elle serait donc tantôt illicite dans les lieux publics tantôt licite dans les lieux privés. Or, la condition préalable s'entend en principe d'un comportement licite²⁸⁰, ce qui ne semble pas toujours être le cas ici. En outre et surtout, c'est la condition d'antériorité qui fait défaut. S'agissant en effet d'une provocation, si la consommation habituelle se réalise (ce qui n'est pas exigé pour la consommation de l'infraction), elle sera nécessairement postérieure au comportement de l'agent. La consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques n'est ainsi pas une condition préalable de la provocation, car elle est purement éventuelle et lui est postérieure. C'est un cas particulier dans lequel des comportements licites participent à la définition de l'infraction sans

²⁷⁷ En ce sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd., 2007, n°129 ; J.-Y. LASSALLE, *Rép. Pén. Dalloz*, « Provocation », 2011, n°90 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°605.

²⁷⁸ Par ex. Cass. crim. 15 oct. 2008 : inédit, pourvoi n°08-81523.

²⁷⁹ L'article R. 3353-1 prévoit notamment que le fait de se trouver en état d'ivresse manifeste dans les lieux mentionnés à l'article L. 3341-1, c'est-à-dire les rues, chemins, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe.

²⁸⁰ *Supra*, n°42.

en être condition préalable ni même élément constitutif. Il n'en demeure pas moins que cette infraction est une infraction d'occasion.

On rencontre des difficultés similaires concernant la provocation incriminée à l'article 227-21 du Code pénal. Tandis que l'alinéa 1 de cet article dispose que le fait de provoquer directement un mineur à commettre un crime ou un délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende, l'alinéa 2 précise que lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans et que le mineur est provoqué à commettre habituellement des crimes ou des délits²⁸¹, l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. La provocation est donc aggravée lorsque le mineur a moins de quinze ans et que la provocation incite le mineur à commettre habituellement des infractions. Il ne peut pas s'agir d'une circonstance aggravante d'habitude puisque la provocation exigée reste occasionnelle²⁸². De plus, la commission habituelle de crimes ou délits ne peut pas être qualifiée de condition préalable, car elle est à la fois illicite, purement éventuelle et postérieure à l'acte incriminé. L'infraction de provocation est donc une infraction d'occasion.

54. Conclusion sur la répétition de comportements licites. L'habitude peut ainsi avoir pour objet la répétition de comportements licites. Seulement, selon la nature de ces comportements, c'est-à-dire selon qu'ils peuvent être qualifiés ou non d'éléments constitutifs d'une infraction, l'effet de la répétition sera différent. Dans le premier cas, les comportements répétés formeront une infraction d'habitude susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de son auteur ; tandis que, dans le second, la répétition ne formera qu'une entité licite – une habitude non punissable – qui, si elle participe à la définition d'une infraction d'occasion commise par autrui, n'est pas de nature à engager la responsabilité pénale de son auteur. Il était important de trouver un critère de distinction entre l'infraction d'habitude et l'infraction d'occasion avec habitude non punissable car la seconde catégorie ne répond pas à la définition de l'habitude pénale²⁸³. La répétition de comportements licites doit donc être limitée dans notre étude au cas de l'infraction d'habitude. Ce sont d'autres obstacles qui surgissent en matière de répétition de comportements illicites.

²⁸¹ Ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux, mais cela n'a guère d'importance ici.

²⁸² *Infra*, n°56.

²⁸³ *Supra*, n°21.

§ 2 : La répétition de comportements illicites

55. Répétition d'une infraction. Certaines habitudes requièrent la répétition de comportements illicites, c'est-à-dire d'infractions pénales. Même si la définition de l'habitude ne doit pas tenir compte de la licéité ou de l'illicéité des comportements répétés, ce paramètre permet toutefois de distinguer certaines institutions entre elles. Mais la frontière entre comportement licite et illicite est parfois difficile à tracer, ce qui implique d'identifier le comportement illicite (A). Une fois cette démarche effectuée, on prend pleinement conscience de la diversité des cas dans lesquels des comportements illicites sont répétés (B).

A. L'identification du comportement illicite

56. Objet de la condition de répétition. C'est principalement à propos de la distinction entre infraction d'habitude et infraction aggravée par l'habitude que le critère de la punissabilité intrinsèque du comportement suscite des hésitations. Dans l'infraction d'habitude, la répétition porte sur un comportement qui n'est pas isolément punissable, puisque c'est la répétition qui le rend illicite. En revanche, dans la seconde hypothèse, la condition de répétition porte sur une infraction, c'est-à-dire un comportement qui est punissable en tant que tel. La ligne de partage n'est pourtant pas évidente à appliquer car pour certaines infractions, le Code pénal est rédigé de manière floue ou ambiguë, de sorte qu'il est difficile de savoir quel est l'objet de la condition de répétition.

57. Violences habituelles sur personnes vulnérables. L'alinéa 1 de l'article 222-14 en est une bonne illustration. Ce texte prévoit ainsi différentes peines pour l'auteur de violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne vulnérable selon le résultat causé²⁸⁴. S'il ne fait aucun doute que la répétition porte sur le comportement de l'agent²⁸⁵, reste à savoir si ce comportement, c'est-à-dire les violences sur personne

²⁸⁴ « Les violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur sont punies : 1° De trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné la mort de la victime ; 2° De vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ; 3° De dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours ; 4° De cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elles n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours ».

²⁸⁵ Ce qui exclut la qualification d'habitude non punissable : v. *supra*, n°44.

vulnérable, est un comportement intrinsèquement punissable ou pas : soit on considère que le comportement pris isolément n'est pas punissable et il faut alors opter pour la qualification d'infraction d'habitude. Dans ce cas, la condition de répétition est un élément constitutif de l'infraction et les violences *occasionnelles* sur ce type de personnes ne relèveraient pas de cette incrimination. Soit, à l'inverse, on considère que le comportement pris isolément est punissable, auquel cas la répétition n'a pas pour effet de former une infraction mais d'aggraver la peine encourue pour l'ensemble. La qualification de violences habituelles sur personne vulnérable comprendrait donc une « circonstance aggravante »²⁸⁶ d'habitude, avec une difficulté supplémentaire liée à la nécessité de faire varier l'aggravation en fonction du résultat engendré, pour se maintenir dans la logique des violences.

Aucune de ces deux solutions ne fait l'unanimité, la doctrine étant en effet très partagée sur l'interprétation de ce texte. Certains auteurs optent pour la première proposition, c'est-à-dire la qualification d'infraction d'habitude²⁸⁷. D'autres se résignent à dire que, faute d'entrer dans l'une ou l'autre des qualifications, il s'agit de violences particulières faisant l'objet d'une incrimination autonome²⁸⁸. Enfin, une dernière catégorie d'auteurs appréhende cette condition d'habitude comme une deuxième circonstance aggravante, qui vient s'ajouter à la première tenant à la minorité ou vulnérabilité de la victime²⁸⁹. C'est d'ailleurs cette dernière opinion qui semble avoir été retenue par la jurisprudence. La chambre criminelle a, dans un arrêt – certes non publié – fait expressément référence à « la circonstance aggravante d'habitude prévue par l'article 222-14 »²⁹⁰. Sous réserve de la pertinence de la qualification juridique de « circonstance aggravante »²⁹¹, cette solution semble parfaitement logique dans la mesure où l'absence d'habitude ne fait pas disparaître l'infraction, puisque les violences occasionnelles sur ce type de personnes restent punissables²⁹². Or, la circonstance aggravante se distingue traditionnellement de l'élément constitutif en ce que son absence diminue la

²⁸⁶ Sur la critique de cette dénomination et la préférence pour une autre conception, v. *infra*, n°63.

²⁸⁷ M. DAURY-FAUVEAU, *Droit pénal spécial, Livres 2 et 3 du code pénal : infractions contre les personnes et les biens*, PUF, coll. essais, 2010, n°245 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Pas d'habitude pour la complicité d'exercice illégal de la profession de banquier », note sous Cass. crim. 19 mars 2008 : *D.* 2008, p. 1665, n°6 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n°173.

²⁸⁸ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°168 ; E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°623, et *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°170 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2011, n°101 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°343 ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 13^{ème} éd., 2010, n°69.

²⁸⁹ P. BONFILS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°54 ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes, op. cit.*, n°118 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°51 ; M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, Thèse Bordeaux IV, 2010, n°8.

²⁹⁰ Cass. crim. 19 nov. 2002 : inédit, pourvoi n°02-82826.

²⁹¹ *Infra*, n°62 et s.

²⁹² Comme pour les violences sur majeurs, elles sont punies d'une peine qui tient compte du résultat causé ; elles sont en outre aggravées par la vulnérabilité de la victime.

peine sans faire disparaître l'infraction²⁹³. L'incidence du caractère habituel de l'infraction ne se manifeste donc qu'à l'égard de la peine et non à l'égard de la consommation de l'infraction.

58. Violences habituelles commises par le conjoint, concubin ou partenaire de PACS de la victime. On retrouve les mêmes difficultés à l'alinéa 2 de l'article 222-14, introduit par une loi du 9 juillet 2010²⁹⁴. Ce texte dispose que « les peines prévues par le présent article sont également applicables aux violences habituelles commises par le conjoint ou le concubin de la victime ou par le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité ». Cette disposition signifie que les peines mentionnées (variant selon le résultat des violences) sont également applicables, indépendamment de la vulnérabilité de la victime, aux violences perpétrées par le partenaire de la victime lorsque celles-ci sont commises habituellement. Ici encore, la répétition de l'infraction va avoir pour effet d'aggraver la peine encourue par l'auteur, cette peine étant déjà aggravée par la circonstance tenant à la qualité de l'auteur²⁹⁵. Les violences habituelles commises au sein du couple ne sont donc pas une infraction d'habitude mais une infraction d'occasion aggravée par l'habitude.

59. Intelligibilité de la loi. Ces textes sont la preuve que l'analyse de la nature des comportements répétés – acte ou infraction – ne se fait pas sans difficulté car la rédaction du Code pénal n'est pas toujours satisfaisante, ce qui nuit à l'intelligibilité de la loi. Au lieu de prévoir, pour chaque article incriminant les violences, une disposition indiquant la peine aggravée applicable en cas de répétition de l'infraction, aggravation qui se cumulerait aux autres (qualité de la victime, qualité de l'auteur, etc.), le législateur a préféré rédiger un article distinct spécifique aux violences habituelles, qui reprend certaines circonstances aggravantes des violences occasionnelles. On pourrait alors croire que la répétition de l'infraction n'a pas pour effet d'aggraver la peine car, dans ce texte, elle est combinée avec une circonstance

²⁹³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°888. Comp. C. DE JACOBET DE NOMBEL : « la circonstance aggravante apparaît comme le fait en l'absence duquel une infraction de même nature demeure constituée ; en revanche, l'élément constitutif est le fait qui, détaché de l'infraction, ne laisse subsister aucune infraction ou seulement une infraction de nature différente » (*Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°181).

²⁹⁴ Loi n°2010-769 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, art. 25.

²⁹⁵ Le fait que l'auteur soit le conjoint, concubin ou partenaire de PACS de la victime constitue déjà une circonstance aggravante des violences : v. notamment art. 222-8 al. 1 6°, 222-10 al. 1 6°, 222-12 al. 1 6° et 222-13 al. 1 6° C. pén.

aggravante tenant à la minorité de quinze ans ou à la particulière vulnérabilité de la victime. Pourtant, l'examen des peines encourues permet de prouver le contraire. Par exemple, tandis que les violences occasionnelles commises sur une personne vulnérable ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende²⁹⁶, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende²⁹⁷ lorsque les mêmes violences sont commises de manière habituelle. La répétition de l'infraction a donc bien pour effet d'augmenter la peine encourue. Le même raisonnement peut être tenu à propos de toutes les infractions de violences, mais aussi à propos de l'administration de substances nuisibles²⁹⁸ et des tortures et actes de barbarie²⁹⁹. Cette présentation maladroite des circonstances aggravantes brouille en apparence la distinction entre infraction d'habitude et infraction aggravée par l'habitude.

Hormis les exemples ci-dessus mentionnés, il est toutefois en général facile de déterminer si la loi exige la répétition d'un acte ou d'une infraction. On se rend alors compte de la diversité des cas dans lesquels la loi pénale sanctionne la répétition de comportements illicites.

B. La diversité des cas de répétition de comportements illicites

60. Exigences propres à chaque institution. L'hypothèse dans laquelle l'habitude est composée de plusieurs comportements illicites, c'est-à-dire d'infractions, est de loin la plus fréquente. Or, l'indifférence à la nature des comportements répétés permet à la définition de l'habitude de s'appliquer aux situations les plus diverses. Ainsi, la définition de l'habitude s'applique aussi bien aux infractions séparées par une décision de condamnation³⁰⁰ (2) qu'aux infractions qui ne le sont pas (1).

²⁹⁶ Art. 222-12 al. 1 1° et 2° C. pén.

²⁹⁷ Art. 222-14 al. 1 3° C. pén.

²⁹⁸ L'article 222-15 du Code pénal relatif à l'administration de substances nuisibles suscite les mêmes difficultés, car il renvoie à l'article 222-14 concernant les peines : « L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14-1 suivant les distinctions prévues par ces articles ».

²⁹⁹ Art. 222-3 al. 1 1° et 2°, et 222-4 C. pén.

³⁰⁰ Sur l'étude de ce lien procédural entre les infractions, v. *infra*, n°238 et s.

1. La répétition d'infractions non séparées par une condamnation

61. Concours réel d'infractions. Lorsque une personne commet plusieurs infractions non séparées par une condamnation, elle est en situation de concours réel³⁰¹. Si la nature juridique de cette situation ne suscite aucune controverse, tel n'est pas le cas de celle dans laquelle le législateur sanctionne d'une peine aggravée la commission habituelle d'une infraction. En effet, si certains y voient une circonstance aggravante d'habitude (a), il semble préférable d'admettre qu'il s'agit d'un cas particulier de concours réel (b).

a) Le rejet de la conception de la circonstance aggravante d'habitude

62. Conception de la circonstance aggravante. Il arrive que le Code pénal prévoit une peine aggravée lorsqu'une infraction est commise habituellement³⁰². La majorité de la doctrine y voit alors une circonstance aggravante et la jurisprudence fait d'ailleurs parfois expressément référence à la « circonstance aggravante d'habitude »³⁰³. Autrement dit, la deuxième infraction³⁰⁴ serait punie plus sévèrement en raison de l'infraction précédemment commise. L'aggravation de peine porterait donc uniquement sur cette seconde infraction, ou plus généralement la dernière³⁰⁵. Or, la circonstance aggravante peut se concevoir de deux façons différentes.

Premièrement, selon une conception classique, la circonstance aggravante est « un fait qui se grefferait sur un délit préexistant, auquel il demeurerait extérieur et dont il ne modifierait que la peine »³⁰⁶, et vient ainsi se juxtaposer à l'infraction principale, chacune conservant son indépendance. Cela signifie alors que la première infraction³⁰⁷ resterait juridiquement indépendante de la seconde, mais justifierait que celle-ci soit sanctionnée plus sévèrement. Deuxièmement, selon une conception plus moderne, la circonstance aggravante peut se concevoir comme un fait venant s'intégrer à un nouvel ensemble qui serait l'infraction aggravée³⁰⁸. Pour qu'une telle conception soit toutefois compatible avec la règle *ne bis in*

³⁰¹ Art. 132-2 C. pén.

³⁰² Pour une liste, v. *supra*, n°16.

³⁰³ Par ex. CA Poitiers 16 août 1940 : *D. C.* 1941, p. 78, note A. LEBRUN ; Cass. crim. 5 déc. 1991 : inédit, pourvoi n°90-86162, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p.178, note J.-P. DOUCET.

³⁰⁴ Sur la suffisance de deux infractions, v. *infra*, n°98 et s., 116 et s.

³⁰⁵ Sur la possibilité de commettre plus de deux infractions, v. *infra*, n°134 et s.

³⁰⁶ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°24.

³⁰⁷ Cette infraction n'a pas encore été sanctionnée.

³⁰⁸ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°29.

idem, il faut admettre que la circonstance d'habitude tient uniquement dans la propension à commettre des infractions³⁰⁹. La première infraction commise n'est donc pas à proprement parler la circonstance aggravante mais sert à la prouver. Par conséquent, chaque infraction conserve son individualité juridique.

Finalement, quelle que soit la conception que l'on se fait de la circonstance aggravante, il faut admettre qu'il y a dans cette hypothèse plusieurs infractions en concours réel. Selon la première conception, un concours réel peut être caractérisé entre la première infraction punie d'une peine simple et la seconde infraction punie d'une peine aggravée. Selon la seconde conception, la première infraction (infraction A) ne sert qu'à prouver le penchant délictueux, l'habitude vicieuse de l'auteur. L'infraction A conserve donc son individualité juridique et reste extérieure à la seconde infraction (infraction B). Mais l'infraction B va former avec la circonstance aggravante une nouvelle entité : l'infraction aggravée (infraction C). Il y a donc bien un concours réel entre une infraction simple (A) et une infraction aggravée (C). Dès lors, pourquoi ne pas admettre que cette hypothèse constitue en réalité un cas particulier de concours réel puni par une sanction aggravée ?

b) La préférence pour la conception du concours réel particulier

63. Conception du cas particulier de concours réel. La répétition de plusieurs infractions identiques³¹⁰ non séparées par une condamnation répond incontestablement à la définition du concours réel de l'article 132-2 du Code pénal³¹¹. L'hypothèse dans laquelle le législateur punit plus sévèrement la répétition d'une même infraction constitue donc un cas particulier de concours réel, pour lequel il a décidé d'écarter le principe de non-cumul des peines³¹² normalement applicable au profit d'une peine unique mais aggravée³¹³. Il s'agit donc d'un concours homogène³¹⁴ aggravant. Par exemple, si une personne commet successivement deux infractions de faux, sans être condamnée entre temps, il s'agit bien d'un cas de concours réel puisque la personne a commis la seconde infraction avant d'avoir été condamnée pour la première. Or, conformément à l'article 441-2 alinéa 3 2°, le faux commis de manière

³⁰⁹ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°116 et s. Cette affirmation sera justifiée *infra*, n°117.

³¹⁰ Sur la condition d'analogie entre les infractions, v. *infra*, n°180.

³¹¹ « Il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction ».

³¹² *Infra*, n°447.

³¹³ C'est une application du cumul juridique de peine : *infra*, n°448.

³¹⁴ Ce concours est qualifié d'« homogène » car les infractions sont identiques : v. *infra*, n°180.

habituelle est soumis à des peines plus graves que le faux occasionnel. De même, si ces infractions sont deux viols, on est encore dans une hypothèse particulière puisque le législateur a prévu une circonstance aggravante particulière de concours³¹⁵. En revanche, si la même personne commet dans les mêmes conditions deux meurtres³¹⁶, elle sera en situation de concours réel général et n'encourra pas de peine aggravée.

On pourrait alors se demander quel est l'intérêt de cette conception par rapport à celle de la circonstance aggravante d'habitude. En réalité, la différence est fondamentale. Si l'on adhère en effet à la théorie de la circonstance aggravante d'habitude, seule la dernière infraction supporte l'aggravation ; tandis que dans la théorie du concours réel spécial, la peine aggravée sert à sanctionner l'ensemble des infractions : elle est alors unique et indivisible.

64. Comparaison avec les concours hétérogènes. Cette hypothèse dans laquelle plusieurs infractions en concours sont punies d'une peine unique aggravée n'est d'ailleurs pas spécifique à l'habitude. Il arrive en effet fréquemment que le législateur réunisse plusieurs infractions au sein d'une même incrimination et punisse l'ensemble d'une peine aggravée : meurtre concomitant à un autre crime³¹⁷, empoisonnement concomitant à un autre crime³¹⁸, meurtre en corrélation avec un délit³¹⁹, vol précédé, accompagné ou suivi de violences³²⁰, vol précédé, accompagné ou suivi de destructions, dégradation, détériorations³²¹, extorsion précédée, accompagnée ou suivie de violences³²², homicide ou blessures involontaires en concours avec un délit de fuite, usage de stupéfiants ou conduite en état d'ivresse³²³, torture ou actes de barbarie accompagnés d'infractions sexuelles autres que le viol³²⁴, etc.

Ces cas suscitent des difficultés comparables à celles rencontrées pour la « circonstance aggravante » d'habitude. En effet, la question se pose ici à nouveau de savoir si les deux infractions fusionnent pour ne former qu'une seule infraction aggravée ou si elles conservent leur individualité juridique pour former un concours réel d'infractions. D'abord,

³¹⁵ Art. 222-24 10° C. pén. Cette circonstance semble totalement inutile par rapport à la circonstance aggravante d'habitude dans la mesure où elles ont un domaine identique, l'habitude ne nécessitant pas une identité de victime (*infra*, n°160).

³¹⁶ A condition qu'ils ne soient pas concomitants : sur ce point, v. *infra*, n°206 et s.

³¹⁷ Art. 221-2 al. 1 C. pén.

³¹⁸ Art. 221-5 al. 3 C. pén.

³¹⁹ Art. 221-2 al. 2 C. pén.

³²⁰ Art. 311-4 4°, 311-5 1°, 311-6 al. 1, 311-7 al. 1, 311-9 al. 2, 311-10 al. 1 C. pén.

³²¹ Art. 311-4 8° C. pén.

³²² Art. 312-2 1°, 312-3 al. 1, 312-4 al. 1, 312-6 al. 2, 312-7 al. 1 C. pén.

³²³ Art. 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 C. pén.

³²⁴ Art. 222-3 al. 2 C. pén.

selon une conception classique de la circonstance aggravante³²⁵, il ne s'agirait pas d'un véritable concours réel parce que le législateur en a souhaité autrement³²⁶. Dans ce cas là, le législateur prévoit un « mode spécial de règlement de certains concours “réels” » d'infractions, en les faisant exceptionnellement échapper aux règles des articles 132-2 et suivants du Code pénal [...] Ce mode de règlement consiste à nier l'existence du concours réel pour ne retenir qu'un seul fait infractionnel, défini par l'infraction aggravée »³²⁷. Le concours entre plusieurs infractions dont l'une est la circonstance aggravante de l'autre ne serait qu'apparent³²⁸. D'autres auteurs sont ainsi plus mitigés, admettant qu'il s'agit de concours réels mais qui « ne peuvent être retenus et exploités comme tels du fait de leur traitement en termes aggravés »³²⁹. Ensuite, selon la théorie de l'infraction aggravée³³⁰, il ne s'agirait pas d'un concours réel dans la mesure où le fait délictueux qui constitue la circonstance aggravante ne conserverait pas son individualité juridique. Le fait serait bien délictueux mais il ne s'agirait pas d'une véritable infraction. Dans ces hypothèses, les circonstances aggravantes « renfermeraient un fait qui coïncide avec une infraction à titre autonome mais qui n'a pas besoin de constituer cette infraction pour former la circonstance aggravante »³³¹. Les éléments de définition de ces infractions seraient donc parfois dissemblables selon qu'ils sont incriminés à titre autonome ou qu'ils forment la circonstance aggravante. Ainsi, « le fait érigé en circonstance aggravante est celui qui présente l'élément matériel et l'élément moral de cette infraction, celui qui forme abstraitement l'infraction, et non celui qui la forme concrètement, en d'autres termes, celui qui en revêt la qualification »³³². Pourtant, cette affirmation ne convainc guère car l'infraction qui est censée être la circonstance aggravante de l'autre conserve une grande autonomie, ainsi qu'en témoigne son régime juridique³³³.

³²⁵ *Supra*, n°62.

³²⁶ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°236 ; M. DAURY-FAUVEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°219 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, n°815 ; F. GONZALVEZ, *Etude critique du régime du concours réel d'infractions*, PUAM, 2000, n°14.

³²⁷ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, *op. cit.*, n°260.

³²⁸ A. DEKEUWER, « La classification des concours de qualifications », *RSC* 1974, p. 511, spéc., p. 516. V. aussi P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *RSC* 1973, p. 45, n°18.

³²⁹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°145.

³³⁰ *Infra*, n°62.

³³¹ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°108.

³³² C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°110.

³³³ *Infra*, n°294 (tentative), n°312 et s. (amnistie), n°313 (loi applicable), n°418 (questions séparées devant la cour d'assises).

Il est donc possible de considérer qu'au lieu de former une infraction aggravée, ces différentes infractions conservent leur individualité juridique³³⁴ pour former un concours réel, avec cette caractéristique que la peine encourue pour l'ensemble est une peine aggravée, comme en matière de concours homogène aggravant.

65. Bilan. Ainsi, la répétition d'infractions non séparées par une condamnation peut revêtir des formes très différentes. Si le concours réel classique ne suscite aucune controverse, tel n'est pas le cas des hypothèses dans lesquelles le législateur semble réunir plusieurs infractions, identiques ou non³³⁵, dans une même incrimination dotée d'une sanction aggravée. Au lieu d'y voir le jeu de circonstances aggravantes, il semble préférable de les qualifier de cas particuliers de concours réel. La définition du concours réel est en effet suffisamment large pour englober tous les cas dans lesquels une personne accomplit plusieurs infractions non séparées par une décision de condamnation. En revanche, lorsqu'intervient une telle condamnation, les infractions répétées sont appréhendées par le droit pénal d'une toute autre manière.

2. La répétition d'infractions séparées par une décision de condamnation

66. Termes de la récidive. Si le droit pénal sanctionne la répétition de comportements illicites non séparés par une condamnation, il réprime *a fortiori* la commission d'une infraction intervenue après que l'individu a déjà été condamné pour une autre infraction. L'auteur des infractions répétées est alors en état de récidive ou de réitération, les infractions répétées étant parfois qualifiées de « termes ».

Si la doctrine s'accorde à dire que la récidive est conditionnée par la réunion de deux termes, les auteurs n'en ont pas tous la même définition. Pour la majorité d'entre eux, le premier terme de la récidive est constitué par une condamnation pénale³³⁶. Selon cette opinion, le premier terme serait donc la condamnation et non l'infraction en elle-même³³⁷. Pourtant,

³³⁴ Egalement en ce sens : A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., n°81. V. aussi E. DASKALAKIS, selon lequel « dans tous les cas d'absorption d'une infraction par une autre, l'infraction absorbée ne perd pas son caractère délictueux du fait de l'absorption [...] mais simplement elle ne donne pas lieu à une réprobation distincte » (*La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, op. cit., p. 236).

³³⁵ Sur l'importance de l'identité de qualification sur la définition de l'habitude, v. *infra*, n°148 et s.

³³⁶ Sur le détail de cette condition, v. *infra*, n°239 et s.

³³⁷ En ce sens, plus ou moins explicitement : B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n°662 ; P. BOUZAT, « La lutte contre le récidivisme en France », *RSC* 1966, p. 851 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal*

l'exigence d'une condamnation pénale entre les deux infractions – certes sanctionnant la première infraction – semble davantage relever du lien unissant les comportements que du comportement commis en lui-même. En effet, le comportement accompli est l'infraction, et non la condamnation, cette dernière n'en étant qu'une conséquence éventuelle. L'existence d'une condamnation pénale entre les deux comportements doit donc être détachable de la première infraction car elle n'en fait pas partie. Une telle présentation est peu retenue³³⁸ mais semble pourtant la plus satisfaisante, d'autant plus que le second terme de la récidive est unanimement défini comme une seconde infraction, ce qui tend à démontrer que la notion de terme n'a pas de définition unitaire. L'exigence d'une condamnation ne saurait d'ailleurs faire oublier que la récidive est composée de plusieurs infractions³³⁹.

Par ailleurs, un auteur a proposé de considérer que la récidive implique l'existence d'un troisième terme, qui serait la « concordance entre les deux premiers termes »³⁴⁰. Cette concordance renverrait aux conditions de délai et de spécialité. Il est vrai qu'en matière de récidive, il est parfois exigé que la seconde infraction soit commise dans un certain délai³⁴¹, et qu'elle soit identique à la première³⁴² ; lorsque l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'état de récidive légale ne peut pas être constitué, et ces circonstances constituent alors un cas de réitération. Ces deux conditions délimitent donc le domaine respectif de la récidive et de la réitération. Pourtant, aussi utiles soient-elles, les conditions de délai et de spécialité sont

général, op. cit., n°509 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°924 ; S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41, n°4 ; E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1382 ; M. HERZOG-EVANS et G. ROUSSEL, *Droit pénal général*, Vuibert, coll. Dyna'sup Droit, 3^{ème} éd., 2011, n°324 ; A. LEGAL, « Les conditions et les effets de la récidive », *RSC* 1937, p. 599, spéc. p. 601 ; G. LEVASSEUR, A. CHAVANNE, J. MONTREUIL et B. BOULOC, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 12^{ème} éd., 1996, n°913 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général, op. cit.*, n°825 ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n°695 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^{ème} éd., 2006, n°499 ; D. THOMAS, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, 2008, n°18.

A noter cependant un auteur qui estime que le premier terme correspond à la peine encourue pour la première condamnation prononcée : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis droit privé, 6^{ème} éd., 2005, p. 401.

³³⁸ V. cependant A. DARSONVILLE, expliquant que récidive et réitération supposent pour être constituées le prononcé d'une « condamnation définitive entre les deux infractions », ce qui tendrait à démontrer que la condamnation définitive est le lien qui unit les deux infractions, et non à proprement parler le premier terme (« La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride », *D.* 2006, Point de vue, p. 2116), et M. HERZOG-EVANS, définissant parfois le premier terme de la récidive comme une « infraction condamnée définitivement » (« Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », *AJ pénal* 2005, p. 305).

³³⁹ Sur la suffisance de deux infractions, v. *infra*, n°91.

³⁴⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, n°499.

³⁴¹ *Infra*, n°214 et s.

³⁴² *Infra*, n°161 et s.

également extérieures à la nature des comportements accomplis, en ce qu'elles relèvent du lien unissant les comportements³⁴³.

67. Vers une autre présentation de la récidive. Au vu de toutes ces remarques, il semble préférable de considérer que la récidive et la réitération sont constituées par la répétition d'infractions, ni plus ni moins. Considérer que le premier terme est la première infraction signifie simplement que l'on déplace l'exigence d'une condamnation entre les deux infractions : au lieu d'être intégrée à la notion de premier terme, elle lui serait extérieure. Une telle conception a cependant un inconvénient : admettre que les éléments constitutifs de la récidive et la réitération sont des infractions ne permet pas de distinguer celles-ci du concours réel puisque ces institutions requièrent toutes plusieurs infractions distinctes. Toutefois, cette critique peut être écartée si l'on admet que le critère de distinction réside non dans les termes de la récidive mais dans la présence ou l'absence d'une telle condamnation³⁴⁴.

68. Conclusion sur l'indifférence à la licéité (Section 1). Partant de l'idée selon laquelle la nature des comportements répétés devait rester indifférente à la constitution de l'habitude, la première étape consistait à tirer les conséquences de cette affirmation quant à leur licéité ou illicéité. Concrètement, il a été démontré qu'une habitude pouvait être formée aussi bien de comportements licites qu'illicites. Ce critère ne permet donc pas de définir la notion d'habitude en droit pénal ; en revanche, il permet de délimiter le domaine des différentes habitudes qui existent en droit positif.

S'agissant en premier lieu de la répétition de comportements licites, deux institutions sont concernées : l'infraction d'habitude et l'habitude non punissable. Dans la mesure où la seconde a été exclue du champ de l'étude en raison de son inaptitude à engager la responsabilité pénale de son auteur, il fallait impérativement trouver un critère de distinction tenant à la nature de ces comportements. Il a alors semblé que l'infraction d'habitude se distinguait de l'habitude non punissable en ce que les comportements qui la composent peuvent être qualifiés d'éléments constitutifs d'une infraction, c'est-à-dire qu'ils sont des éléments de consommation de l'infraction tenant au comportement de l'auteur.

³⁴³ Pour cette raison, elles sont étudiées *infra*, n°161 et s., n°168 et s., n°181 et s. (condition de spécialité) ; n°214 et s., n°232 (condition de délai).

³⁴⁴ *Infra*, n°242.

S'agissant en second lieu de la répétition de comportements illicites, un problème préalable est apparu : celui de la distinction entre comportement licite et illicite, car certains textes du Code pénal laissent place au doute. Après avoir identifié le comportement illicite, il est apparu que les situations dans lesquelles le droit pénal sanctionne la répétition d'infractions sont très variées. D'abord, les infractions peuvent ne pas être séparées par une condamnation, auquel cas elles forment un concours réel. S'est alors posée la question de savoir quelle est la nature juridique exacte des hypothèses dans lesquelles le législateur sanctionne d'une peine aggravée la commission habituelle d'une infraction. La qualification de circonstance aggravante d'habitude a été rejetée au profit de celle de cas particulier de concours réel pour lequel le législateur a choisi une peine unique aggravée. Ensuite, les infractions peuvent être séparées par une condamnation pénale, comme c'est le cas pour la récidive et la réitération. Si la doctrine présente généralement la récidive comme composée de deux termes, le premier étant la condamnation et le second étant la seconde infraction, cette lecture oublie que la récidive et la réitération sont avant tout composées de plusieurs infractions.

Ainsi, la licéité ou l'illicéité des comportements formant l'habitude n'a pas d'importance au regard de la notion d'habitude, ce qui met en évidence l'indifférence à la nature des comportements répétés. Reste à montrer que le contenu des comportements est lui aussi indifférent.

Section 2 : L'indifférence au contenu des comportements répétés

69. Variabilité du contenu de la répétition. Si la licéité des comportements répétés doit rester indifférente à la définition de l'habitude pénale, la même remarque peut être formulée à propos du contenu de ces comportements. En d'autres termes, l'habitude ne doit pas être définie à partir du contenu des comportements répétés. Le droit positif semble confirmer cette assertion puisque les différentes habitudes pénales recensées portent également sur des comportements très variés, qu'ils soient envisagés sous l'angle de leur matérialité (§ 1) ou de leur aspect psychologique (§ 2).

§ 1 : L'indifférence à la matérialité du comportement

70. Distinction entre acte et résultat. Les habitudes matérielles³⁴⁵ sont régies par les dispositions générales du Code pénal³⁴⁶, ce qui signifie qu'elles sont applicables sans que cela ait à être spécialement prévu. Leur domaine s'étend donc à toutes les infractions pénales, ce qui explique l'impossibilité de préciser leur objet. Quant aux habitudes formelles³⁴⁷ devant être expressément prévues, elles portent sur des comportements très variés. Par conséquent, si l'on s'intéresse à la matérialité des comportements pouvant faire l'objet d'une répétition, on se rend compte que tous les actes et toutes les infractions sont susceptibles d'être constitutifs d'une habitude, quels que soient l'acte³⁴⁸ (A) ou le résultat (B) incriminés.

A. L'indifférence à l'acte

71. Acte ou infraction. Evidemment, dans chaque institution, l'acte répété doit correspondre au comportement décrit par la loi pénale. Par exemple, pour que l'infraction d'habitude d'exercice illégal de la médecine soit consommée, il faut que les actes accomplis par l'agent répondent à la définition donnée par l'article L. 4161-1 du Code de la santé

³⁴⁵ Institutions qui ne comprennent pas expressément de condition d'habitude mais pour lesquelles la loi exige plusieurs infractions distinctes. Il s'agit de la récidive, de la réitération, et du concours réel d'infractions : *supra*, n°12.

³⁴⁶ Elles sont situées plus précisément aux articles 132-1 et suivants.

³⁴⁷ Institutions qui comportent explicitement une condition d'habitude. Il s'agit de l'infraction d'habitude, et de la circonstance aggravante d'habitude : *supra*, n°12.

³⁴⁸ Ici le terme « acte » ne désigne pas de manière spécifique un comportement non punissable mais les agissements matériels de la personne, par opposition à son état d'esprit.

publique. L'agent doit ainsi avoir plusieurs fois pris part, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre et exigé pour l'exercice de la profession de médecin. Mais la définition de l'acte accompli relève seulement des particularités de chaque habitude, et non des attributs attenants à la notion d'habitude. Par conséquent, tant la structure du comportement (1) que ses modalités d'exécution (2) sont indifférentes.

1. L'indifférence à la structure du comportement

72. Pluralité d'actes dans la même infraction répétée. Lorsque l'habitude requiert la répétition d'infractions, la structure de ces infractions doit-elle répondre à certaines exigences ? Autrement dit, la nature simple ou complexe d'une infraction a-t-elle une incidence sur la définition de l'habitude ? La réponse est négative : l'habitude peut porter aussi bien sur des infractions simples que sur des infractions complexes. Par exemple, la récidive, la réitération, ou le concours réel peuvent avoir pour objet aussi bien la répétition d'une infraction simple comme le vol, que la répétition d'une infraction complexe comme le harcèlement moral³⁴⁹. Le cas de l'habitude circonstance aggravante mérite quelques précisions. Il est vrai qu'actuellement, les infractions dotées de cette circonstance aggravante sont toutes des infractions simples (faux, usage de faux, recel, blanchiment, etc³⁵⁰), mais il pourrait très bien s'agir d'infractions complexes. Par exemple, le législateur pourrait décider d'aggraver les menaces verbales réitérées³⁵¹ commises à titre habituel même si elles forment une infraction complexe³⁵².

L'idée selon laquelle une habitude peut porter sur une infraction complexe ne doit pas être confondue avec le fait que l'infraction d'habitude soit en elle-même une infraction complexe. En effet, dans le premier cas, on s'interroge sur les comportements pris individuellement : chaque infraction répétée constituant l'habitude est une infraction complexe. Tandis que dans le second, l'infraction d'habitude est envisagée dans sa globalité,

³⁴⁹ Sur l'infraction de harcèlement moral : v. *infra*, n°112.

³⁵⁰ Pour la liste, v. *supra*, n°16.

³⁵¹ Sur cette infraction : v. *infra*, n°111.

³⁵² Le but d'une telle opération serait de faire échec à l'application du principe de non-cumul des peines existant en matière de concours réel : v. *infra*, n°447.

en tant qu'entité parfaitement constituée : l'infraction d'habitude est une catégorie d'infraction complexe car elle suppose la réunion de plusieurs actes en son sein. La logique est donc différente.

Enfin, il convient de préciser qu'au regard de toutes les affirmations précédentes, il est possible qu'une habitude comme la récidive, la réitération, le concours réel ou la circonstance aggravante d'habitude ait pour objet la répétition d'infractions d'habitude. L'hypothèse n'est pas d'école, puisque une affaire portée devant la Cour de cassation en 2008 en a été une illustration³⁵³. En l'espèce, une personne était en effet poursuivie pour exercice illégal de la profession d'avocat – infraction d'habitude³⁵⁴ – en état de récidive.

73. Complexité des actes de l'infraction d'habitude. Pour rajouter à ces difficultés, et en application de l'idée selon laquelle la structure du comportement est indifférente, chaque comportement de l'infraction d'habitude pourrait nécessiter plusieurs agissements distincts. Par exemple, la célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable³⁵⁵ pourrait requérir d'une part la tenue d'une cérémonie religieuse, et d'autre part la signature des registres, l'accomplissement de ces deux actes comptant pour un seul comportement. Si la dualité d'actes constituant l'infraction n'empêche donc pas la constitution de l'habitude, il n'en reste pas moins que, pour que l'infraction d'habitude soit consommée, il faudrait alors que chacun de ces deux actes soit répété au moins une fois³⁵⁶.

La structure simple ou complexe du comportement est donc totalement indifférente à la constitution de l'habitude. Il en va de même pour les modalités d'exécution de ce comportement.

2. L'indifférence aux modalités d'exécution

74. Nature et durée des agissements. L'habitude ne requiert pas pour sa constitution l'accomplissement d'un acte particulier. Les modalités d'exécution de l'acte peuvent ainsi varier : il peut aussi bien s'agir d'actes positifs que d'abstentions, d'actes instantanés que

³⁵³ Cass. crim. 21 oct. 2008 : Bull. crim. n°211 ; *AJ pénal* 2009, p. 31, obs. G. ROYER ; *D.* 2009, p. 44, note P. CHAUMONT et E. DEGORCE et p. 1067, note B. LAPÉROU-SCHENEIDER.

³⁵⁴ *Infra*, n°109.

³⁵⁵ Infraction d'habitude prévue à l'art. 433-21 C. pén.

³⁵⁶ Sur la suffisance de deux actes : v. *infra*, n°105.

d'actes durables. L'habitude est ainsi concevable quelles que soient la nature de l'acte accompli (a) et sa durée (b).

a) L'indifférence à la nature de l'acte accompli

75. Répétition de comportements licites. Dans les infractions d'habitude, la loi exige la répétition d'un acte dépourvu de coloration pénale³⁵⁷. Mais il peut s'agir de n'importe quel acte, du moment qu'il remplit les conditions requises par le texte d'incrimination. Il peut aussi bien s'agir d'un acte positif que d'une omission. Même s'il n'existe aujourd'hui aucune infraction d'habitude dans laquelle le comportement incriminé est une omission, cela reste théoriquement envisageable. Néanmoins, si la loi pénale incrimine des omissions, alors *a fortiori*, il est possible qu'elle ne choisisse d'incriminer des omissions que de manière habituelle. On peut d'ailleurs se demander si l'infraction de tolérance habituelle de la prostitution³⁵⁸ incrimine une action (le fait de tolérer) ou une omission (le fait de ne pas agir pour faire cesser la prostitution). En effet, la jurisprudence tend à distinguer selon l'auteur de l'infraction. S'agissant du tenancier ou du préposé qui dirige matériellement l'entreprise ou concourt à son exploitation, la réception de prostituées ne se conçoit guère sans une participation effective des intéressés aux faits³⁵⁹, ce qui impliquerait un acte positif. En revanche, s'agissant de celui qui participe moins directement à l'exploitation de l'établissement (par exemple le propriétaire du fonds de commerce de l'hôtel qui ne le visite que périodiquement), il suffit qu'il n'ait rien fait pour empêcher l'exercice de la prostitution alors qu'il en avait eu connaissance et qu'il avait le droit, le pouvoir et le devoir de s'y opposer³⁶⁰, ce qui s'apparente plus à une omission, ou une « passivité consciente »³⁶¹. Cet exemple s'apparente à une abstention dans la fonction mais la répétition d'une omission pure et simple reste envisageable.

³⁵⁷ V. *supra*, n°13.

³⁵⁸ Art. 225-10 2° C. pén. : « est puni de [...] le fait, par quiconque, agissant directement ou par personne interposée, détenant, gérant, exploitant, dirigeant, faisant fonctionner, finançant ou contribuant à financer un établissement quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou de ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution ».

Sur la justification de la qualification d'infraction d'habitude, v. *supra*, n°48.

³⁵⁹ Cass. crim. 9 juin 1948 : *JCP* 1949, II, 4639 ; 11 déc. 1956 : Bull. crim. n°827.

³⁶⁰ Cass. crim. 12 déc. 1963 : Bull. crim. n°361 ; 13 oct. 1965 : *JCP* 1966, II, 14470, note R. COMBALDIEU ; 14 mai 1968 : Bull. crim. n°153.

³⁶¹ B. PY, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prostitution, proxénétisme, racolage, préc., n°142.

76. Répétition de comportements illicites. Quand le texte exige au titre de l'habitude non plus un simple acte, mais une infraction, c'est-à-dire un comportement intrinsèquement punissable composé à la fois d'un élément matériel et d'un élément moral, le choix est encore plus grand, puisqu'il peut s'agir de n'importe quelle infraction. Le comportement répété en matière de circonstance aggravante d'habitude, de récidive, de réitération, ou de concours réel, peut donc être une infraction de commission ou une infraction d'omission, etc. Ainsi, il n'est pas exclu que l'infraction d'omission de porter secours à une personne en péril³⁶², ou encore l'abandon de famille et l'omission d'exécuter ses obligations familiales³⁶³ puisse faire l'objet d'une habitude.

77. L'exemple du blanchiment. L'infraction de blanchiment, prévue à l'article 324-1 du Code pénal, illustre ainsi l'idée selon laquelle l'habitude peut être caractérisée par la répétition d'omissions. Le blanchiment, pouvant faire l'objet d'une habitude lorsqu'il est commis en état de récidive, de réitération, ou de concours réel³⁶⁴, peut en effet être réalisé de deux façons. Il s'agit premièrement du fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens et des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect ou, deuxièmement, du 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. Par conséquent, il est possible de s'interroger sur la possibilité de commettre un blanchiment par abstention³⁶⁵. En principe ne devrait pas être déclaré coupable celui qui a facilité la justification, non par un fait positif, mais par une inaction ou abstention³⁶⁶. Toutefois, par application de la jurisprudence sur la complicité – transposable aisément en la matière de par l'incrimination de la facilitation – la commission du délit sera certainement caractérisée par la promesse d'un prévenu de ne pas s'opposer, comme il l'aurait dû, en raison de ses fonctions, aux délits projetés, procurant ainsi aux auteurs de ceux-ci l'assurance de pouvoir les commettre sans être inquiétés³⁶⁷. La caractérisation pourrait résulter encore d'une attitude passive qui peut, dans des circonstances particulières et de la part de certaines personnes, revêtir le caractère d'une coopération

³⁶² Art. 223-6 al. 2 C. pén.

³⁶³ Art. 227-15 C. pén.

³⁶⁴ Il faut d'ailleurs noter que cette infraction fait partie de celles pour lesquelles le législateur a prévu une peine aggravée en cas d'habitude.

³⁶⁵ En ce sens : V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°856 et 857.

³⁶⁶ Cass. crim. 21 oct. 1948 : Bull. crim. n°242 ; Cass. crim. 27 déc. 1960 : Bull. crim. n° 624, pour la complicité.

³⁶⁷ M. CULIOLI, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 324-1 à 324-9, fasc. 20 : infraction générale de blanchiment, conditions et constitution, 2005, n°39.

coupable, en raison de l'influence que ce comportement a pu exercer dans l'esprit des protagonistes³⁶⁸. Par conséquent, si l'on admet que le blanchiment puisse être réalisé par une abstention, cela signifie qu'une circonstance aggravante d'habitude peut porter sur une infraction d'abstention³⁶⁹, tout comme la récidive, la réitération ou le concours réel.

Le caractère positif ou négatif des comportements n'a donc aucune importance. La même remarque peut être formulée quant à la durée de l'acte.

b) L'indifférence à la durée de l'acte

78. Répétition d'infractions. Dans la même logique, la durée de l'acte répété est indifférente. L'habitude n'implique ainsi pas nécessairement que chaque comportement répété soit instantané et peut aussi bien porter sur une activité continue. Lorsque l'habitude requiert la répétition de comportements punissables isolément, c'est-à-dire d'infractions, le caractère instantané ou continu de l'acte répété ne pose pas de difficulté particulière. Par exemple, le recel dure tant que l'auteur conserve la chose recelée. A partir du moment où l'auteur aura accompli plusieurs recels distincts, le caractère continu de l'activité n'a pas de réelle incidence sur la récidive, la réitération, ou le concours réel³⁷⁰. Ceci étant, pour que le caractère continu de l'activité ne soit pas incompatible avec l'habitude, il faut que cette activité se soit répétée, et pas simplement prolongée, ce qui implique que le recel ait été interrompu, puis que la même personne en ait commis un autre, distinct du premier.

79. Infraction d'habitude. La même logique trouve à s'appliquer en matière d'infraction d'habitude. Bien qu'il n'existe pas d'infraction d'habitude continue, certains auteurs considèrent qu'une infraction d'habitude peut être une infraction instantanée ou continue³⁷¹. Le caractère continu ne serait ainsi pas un obstacle à la caractérisation de l'habitude à partir du moment où les faits prolongés sont répétés au moins une fois³⁷². Un auteur a récemment proposé de considérer que le délit d'exercice illégal de la profession de banquier par distribution de crédit devrait être qualifié non seulement d'infraction d'habitude

³⁶⁸ *Contra* J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n°67, exigeant une collusion frauduleuse en cas d'omission ou d'abstention.

³⁶⁹ Puisque le blanchiment est aggravé lorsqu'il est commis de manière habituelle : art. 324-2 1° C. pén.

³⁷⁰ On remarque d'ailleurs que le recel est doté d'une circonstance aggravante d'habitude : art. 321-2 1° C. pén.

³⁷¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op. cit.*, n°116-II ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, *op. cit.*, n°340.

³⁷² Conformément à la règle de suffisance de deux comportements : *infra*, n°88 et s.

mais également d'infraction continue³⁷³. Pourtant, la question se pose de savoir si un acte continu peut être répété ou s'il ne doit pas plutôt être considéré comme un seul acte qui se prolonge. Pour qu'une activité continue soit compatible avec l'habitude, il faut que l'activité ait duré un certain temps, par exemple une semaine, puis se soit arrêtée, et que le même schéma se soit reproduit. Si l'activité ne cesse pas, il n'y a pas répétition mais simple prolongation de l'activité.

La nature juridique de certaines infractions suscite alors des interrogations. C'est notamment le cas de l'abandon de famille, incriminé à l'article 227-3 du Code pénal³⁷⁴. Pour que cette infraction soit consommée, il faut qu'une personne tenue de verser une pension, contribution, subsides ou toute autre prestation due en raison d'une obligation familiale, demeure plus de deux mois sans s'acquitter de cette obligation. La nature instantanée, continue ou d'habitude de l'infraction dépend de la conception que l'on se fait de l'acte matériel incriminé. Si les deux mois doivent être consécutifs, alors la qualification la plus appropriée est celle d'infraction continue. En revanche, si les deux mois n'ont pas à être consécutifs, le délit peut être constitué dès lors que la même personne s'est abstenue d'exécuter son obligation au moins deux fois, ce qui caractérise deux actes distincts. Par conséquent, la qualification d'infraction d'habitude semble *a priori* plus adaptée. La jurisprudence estime que ces deux mois doivent être consécutifs et que le délit ne peut donc être constitué par l'addition d'abstentions qui ne sont pas consécutives³⁷⁵ même si elles correspondent à plus de deux mois de non-paiement de la somme d'argent en cause. Certains auteurs estiment pourtant qu'il « importe peu que les deux mois soient consécutifs ou non »³⁷⁶. L'article 227-3 ne précise pas que les deux mois doivent être consécutifs mais l'interprétation de la Cour de cassation est logique au regard du verbe « demeurer » utilisé dans le texte

³⁷³ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Précisions sur l'exercice illégal de la profession de banquier », note sous Cass. crim. 11 févr. 2009, *Gaz. Pal.* 17 oct. 2009 n°290, p. 9.

³⁷⁴ « Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, *en demeurant plus de deux mois* sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Les infractions prévues par le premier alinéa du présent article sont assimilées à des abandons de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du Code civil ».

³⁷⁵ Cass. crim. 20 janv. 1993 : inédit, pourvoi n° 92-82538 ; 7 janv. 2004 : inédit, pourvoi n°03-80763 ; 24 nov. 2010 : inédit, pourvoi n°10-85431.

³⁷⁶ G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 451. V. également V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°703, qui considère que le fait d'exiger que les deux mois de non-paiement soient continus reviendrait à restreindre énormément le domaine d'application du texte. *Contra* : P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°680 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal coll. grand amphidroit, 2011, p. 368, selon lesquels la carence doit durer deux mois consécutifs.

d'incrimination. Elle est en outre favorable au prévenu puisqu'elle permet à un débiteur de n'exécuter son obligation alimentaire qu'un mois sur deux³⁷⁷. Par conséquent, dans la mesure où les deux mois doivent être consécutifs, on peut considérer qu'il s'agit d'une seule et même abstention. Dès lors que le texte n'exige pas plusieurs actes distincts, il ne s'agit pas d'une infraction d'habitude³⁷⁸.

Le critère du nombre d'actes exigés est ainsi déterminant. Plus largement, l'élément essentiel dans la constitution de l'habitude apparaît comme le nombre d'actes répétés, et non leur durée ou le résultat qu'ils provoquent.

B. L'indifférence au résultat

80. Existence et nature. Conformément à l'idée selon laquelle l'habitude ne doit pas être définie en fonction du contenu de son objet, le résultat provoqué par chaque acte accompli est indifférent. Plus précisément, la notion d'habitude ne prend en compte ni l'existence du résultat (1), ni sa nature (2).

1. L'indifférence à l'existence du résultat

81. Compatibilité entre tentative et habitude. La question de l'existence ou l'absence de résultat fait immédiatement penser à la tentative et à la distinction entre infraction consommée et infraction tentée. *A priori*, associer habitude et tentative semble contradictoire car les deux notions procèdent de deux logiques totalement opposées. Tandis que l'habitude requiert l'accomplissement de plusieurs comportements par la même personne, la tentative implique, à l'inverse, que la personne ne soit pas allée jusqu'au bout de son acte, de sorte qu'il n'y a qu'un « demi-comportement », juridiquement appelé commencement d'exécution³⁷⁹. Pourtant, raisonner ainsi serait procéder d'une confusion. En effet, il ne s'agit pas ici d'analyser la tentative d'habitude³⁸⁰, mais de voir si des infractions tentées – cas dans

³⁷⁷ A. GOUTTENOIRE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Abandon de famille, 2011, n°60.

³⁷⁸ D'autant que, même si les actes de non-paiement avaient pu être non consécutifs, le fait que la victime doive être la même empêche la qualification d'infraction d'habitude (*infra*, n°155). Il se serait donc agi d'une infraction à l'élément matériel réitéré.

³⁷⁹ Art. 121-5 C. pén. : « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

³⁸⁰ Cette question relève davantage du régime de l'habitude : v. *infra*, n°288 et s.

lequel l'agent n'a pas atteint le résultat escompté – peuvent faire l'objet d'une habitude³⁸¹, ce qui est un problème totalement distinct.

82. Assimilation de la tentative à l'infraction consommée. Le commencement d'exécution³⁸² suppose abstraitement l'existence d'un lien de causalité direct et immédiat entre l'acte observé et l'infraction supposée³⁸³, le résultat de l'infraction étant absent, soit parce que la tentative a été suspendue, soit parce qu'elle a manqué son effet. On pourrait donc penser que l'habitude est incompatible avec un commencement d'exécution, car même si une personne a commis deux fois une infraction tentée, cela serait insuffisant pour constituer une habitude, celle-ci impliquant deux infractions consommées. Pourtant, cette affirmation est erronée car le droit pénal attribue les mêmes conséquences juridiques aux infractions consommées et aux infractions tentées. En effet, selon l'article 121-4 du Code pénal, l'auteur de l'infraction est la personne qui commet les faits incriminés, mais il peut également s'agir de la personne qui tente de commettre un crime, ou dans les cas prévus par la loi, un délit. Une personne qui tente de commettre une infraction est ainsi considérée comme auteur de l'infraction au regard du droit pénal. Par conséquent, si une personne commet deux tentatives, elle sera traitée de la même manière que si elle avait commis deux infractions consommées. Cette situation pourra constituer, selon les cas, une récidive, une réitération ou un concours réel d'infractions.

83. Exemples jurisprudentiels. La jurisprudence admet d'ailleurs que l'habitude puisse porter sur des infractions simplement tentées. Généralement, lorsqu'il s'agit d'un

³⁸¹ Les comportements qui ne constituent pas isolément une infraction pénale, c'est-à-dire les actes de l'infraction d'habitude ne sont évidemment pas concernés, dans la mesure où on ne peut pas parler de consommation à leur égard : ils sont simplement exécutés, sans qu'il y ait à distinguer selon le résultat provoqué. En revanche, se pose la question de savoir si l'on peut tenter de commettre une infraction d'habitude. Cette question, relevant de la répression de l'habitude, sera étudiée *infra*, n°296 et s.

³⁸² Selon la jurisprudence, « le commencement d'exécution est constitué par tous les actes qui tendent directement et immédiatement à la consommation de l'infraction » : Cass. crim. 25 oct. 1962 (2 arrêts) : Bull. crim. n°292 (Lacour) et 293 (Benamar et Schieb), *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT ; *JCP* 1963, II, 12985, note R. VOUIN. – Cass. crim. 18 août 1973 : Bull. crim. n°339, *Gaz. Pal.* 1973, 2, 861 ; 3 mai 1974 : Bull. crim. n°157, *D.* 1973, *Somm.* 20 ; 5 juin 1984, Bull. crim. n°212.

Sur les différentes conceptions (objective, subjective et mixte) du commencement d'exécution : B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°249 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°330 et s. ; J. DEVEZE, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *RSC* 1981, p. 777 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, *op. cit.*, n°495 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°381 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°271 et s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 216 et s.

³⁸³ D. REBUT, *Rép. pén. Dalloz*, v° Tentative, 2009, n°25.

conours réel, les auteurs sont poursuivis et/ou condamnés pour tentatives³⁸⁴. Lorsque la récidive légale est constituée, elle est également mentionnée : les jugements ou arrêts font apparaître clairement que la personne est condamnée pour « récidive de tentative »³⁸⁵, ou pour « tentative en récidive »³⁸⁶. En revanche, la jurisprudence est peu prolixie en matière de réitération et de concours réel, probablement faute de contentieux, mais le raisonnement reste le même. Par exemple, si une personne condamnée pour tentative d'escroquerie, tente à nouveau de commettre une escroquerie sans que les conditions de la récidive ne soient remplies, elle sera en état de réitération et l'objet de cette habitude sera bien plusieurs infractions tentées.

Le fait que l'objet de la répétition puisse être aussi bien une infraction consommée qu'une infraction tentée confirme ainsi que l'existence du résultat est indifférente, tout comme la nature du résultat.

2. L'indifférence à la nature du résultat

84. Infractions matérielles, formelles ou délits obstacles. Lorsque les comportements répétés sont constitutifs d'infractions pénales³⁸⁷, peu importe qu'il s'agisse d'infractions matérielles, formelles ou de délits obstacles. Autrement dit, peu importe le seuil à partir duquel le législateur a jugé utile de sanctionner un comportement, car ces trois types d'infractions peuvent faire l'objet d'une répétition. Par exemple, le blanchiment est une infraction formelle puisque, tout au moins dans sa première forme prévue à l'alinéa 1 de l'article 324-1, il sanctionne le simple fait de faciliter la justification mensongère de l'origine

³⁸⁴ V. par ex. une poursuite pour tentatives de viols et tentatives de viols aggravés : Cass. crim. 1 avr. 2009 : inédit, pourvoi n°09-80100. Poursuites pour deux tentatives d'assassinat : Cass. crim. 4 avril 2007 : inédit, pourvoi n°07-80266. Un homme condamné pour tentatives d'agressions sexuelles aggravées : CA Douai 11 mars 2009, v. dans cette affaire Cass. crim. 6 janv. 2010 : inédit, pourvoi n°09-82443. V. également pour tentatives d'agressions sexuelles : CA Toulouse 5 févr. 2008 et Cass. crim. 4 févr. 2009 : inédit, pourvoi n°08-82034.

³⁸⁵ Récidive de tentative de vol : T. corr. Dijon 30 mai 2001 : v. dans la même affaire Cass. crim. 6 janv. 2009 : inédit, pourvoi n°08-83023.

³⁸⁶ Condamnation pour « vols aggravés et tentatives en récidive » : CA Lyon 10 juin 2008, v. dans cette affaire Cass. crim. 30 sept. 2009 : inédit, pourvoi n°08-84921. Ce n'est pas tout à fait identique car il est possible que la première infraction ait été une infraction consommée. V. aussi une condamnation pour « tentatives de meurtres, vol avec arme et tentative de vol avec arme et ce en récidive » : Cour d'assises de Maine-et-Loire 2 avr. 2004 et dans la même affaire Cass. crim. 31 mars. 2005 : Bull. crim. n°114. Pour une personne déclarée coupable de « récidive de tentative d'agression sexuelle » : v. CA Toulouse 3^{ème} ch. 19 janv. 2010 : n°09/00824.

Pour une tentative de vols en récidive : Cass. crim. 1^{er} févr. 2011 : inédit, pourvoi n°10-83017 ; Cass. crim. 21 juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-86363. Pour une tentative de meurtre en récidive : Cass. crim. 11 mai 2011 : inédit, pourvoi n°11-80946.

³⁸⁷ Là encore les comportements non punissables isolément ne sont pas concernés puisqu'ils ne comprennent pas nécessairement de résultat pénal, contrairement aux infractions.

des biens, la justification effective n'étant pas exigée. Or, le blanchiment peut non seulement faire l'objet d'une récidive ou d'une réitération, comme les autres infractions formelles³⁸⁸, mais il est encore doté d'une circonstance aggravante d'habitude. Quant aux délits obstacles, comme la conduite en état d'ivresse³⁸⁹ ou l'abandon d'une arme³⁹⁰, ils peuvent pareillement constituer un concours réel, une récidive ou une réitération. La nature du résultat des comportements répétés n'a donc pas d'incidence sur la définition de l'habitude.

Affirmer que la matérialité du comportement doit être indifférente à la constitution de l'habitude lui permet d'avoir un champ d'application assez large, et de prendre en compte le plus de comportements possibles. Pour ces raisons, la psychologie de l'agent doit, elle aussi, rester indifférente.

§ 2 : L'indifférence à la psychologie de l'agent

85. Politique législative. Les comportements répétés n'ont pas à correspondre à un état d'esprit particulier pour former une habitude. Cette affirmation se vérifie en droit positif. L'habitude peut donc avoir pour objet aussi bien des comportements intentionnels que des comportements non-intentionnels. Il est vrai que toutes les infractions d'habitude sont des infractions intentionnelles³⁹¹ mais, théoriquement, rien ne s'oppose à ce que la loi incrimine un comportement non intentionnel seulement à partir du deuxième acte. En effet, il est tout à fait concevable qu'une imprudence ou négligence d'une gravité mineure soit tolérée par le législateur en ne devenant punissable qu'à partir du moment où elle est répétée. L'objectif serait ainsi de ne pas sanctionner une imprévoyance légère tout en incitant à davantage de prudence.

Quant au concours homogène, on peut formuler la même remarque : il porte toujours sur des infractions intentionnelles³⁹² mais cela est justifié par des raisons d'opportunité et non des raisons techniques. En effet, il a paru nécessaire au législateur de sanctionner plus sévèrement les infractions commises habituellement lorsqu'elles sont intentionnelles, mais cela ne signifie pas que les infractions non intentionnelles ne puissent être dotées d'une telle circonstance aggravante. On pourrait très bien imaginer que le législateur, voulant inciter à la

³⁸⁸ Notamment l'empoisonnement (art. 221-5 C. pén), la corruption de fonctionnaire ou le trafic d'influence (art. 433-1 C. pén).

³⁸⁹ Art. L. 234-1 et R. 234-1 C. route.

³⁹⁰ Art. R. 641-1 C. pén.

³⁹¹ V. *supra*, n°14.

³⁹² V. *supra*, n°16.

prudence, dote certaines infractions non intentionnelles d'une circonstance aggravante d'habitude afin que les personnes habituellement maladroites ou négligentes soient punies plus sévèrement³⁹³. La définition de l'habitude l'autorise.

En ce qui concerne la récidive et la réitération, le fait que l'état psychologique soit indifférent à l'habitude est encore plus flagrant. Il est vrai qu'il est tentant d'affirmer que la récidive implique nécessairement une certaine intention. Pourtant, le Code pénal n'impose en rien cette condition. En effet, n'importe quelle infraction, intentionnelle ou non, est susceptible de faire l'objet d'une récidive ou d'une réitération dès lors que toutes les conditions en sont remplies³⁹⁴. Statistiquement, récidive et réitération portent majoritairement sur des infractions intentionnelles, mais elles existent également pour les infractions non intentionnelles³⁹⁵. Une personne peut ainsi avoir commis deux infractions non intentionnelles en raison de son manque de prudence constant, par exemple deux homicides involontaires. C'est d'ailleurs une hypothèse relativement courante en matière d'accidents du travail où il arrive qu'un chef d'entreprise soit condamné en état de récidive pour homicide involontaire³⁹⁶. Si ces deux infractions remplissent les conditions légales de la récidive³⁹⁷, l'habitude sera bien constituée. On s'interrogera certes sur la psychologie de l'agent pour analyser si chacun des homicides involontaires est consommé, mais pas au stade de la détermination de l'état de récidive. La psychologie de l'agent est donc indifférente quant à la définition de l'habitude. L'habitude peut donc avoir aussi bien pour objet un comportement intentionnel qu'un comportement non intentionnel³⁹⁸.

³⁹³ Plus sévèrement qu'en cas de concours réel général puisque ce type de concours est sanctionné en appliquant le cumul juridique de peines : *infra*, n°447 et s.

³⁹⁴ Cette possibilité n'existe pas dans tous les pays. Par exemple, en Italie, les contraventions et délits non-intentionnels ne sont pas pris en compte au titre de la récidive (S. FIORE, « La construction de l'ennemi, la réforme de la récidive en Italie », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROUSCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 60).

³⁹⁵ Principalement les blessures involontaires dues à une conduite en état alcoolique ayant entraîné une ITT inférieure à trois mois (Rapport d'information de l'Assemblée Nationale n°1718, 7 juill. 2004, préc.).

³⁹⁶ Par ex. CA Riom 29 janv. 2009 et Cass. crim. 2 févr. 2010 : inédit, pourvoi n°09-81172. V. aussi CA Reims 30 sept. 2004 et Cass. crim. 24 mai 2005 : inédit, pourvoi n°04-86480.

³⁹⁷ C'est à dire l'exigence d'une condamnation définitive entre les deux infractions (*infra*, n°239 et s), et le respect des conditions de délai (*infra*, n°214 et s.) et de spécialité (*infra*, n°161 et s).

³⁹⁸ Les infractions pour lesquelles la faute pénale est « intermédiaire » sont également prises en compte. Tel est le cas par exemple des infractions consommées par un dol indéterminé (hypothèse où l'agent en commettant délibérément un acte illicite, provoque un dommage plus important que celui voulu, mais qui était abstraitement prévisible, même s'il ne l'a pas concrètement prévu) comme les violences, ou par un dol éventuel (l'hypothèse où l'agent a commis délibérément une imprudence et a prévu ses suites dommageables possibles, mais en pensant qu'elles ne se produiront pas) comme l'exposition d'autrui à un risque.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'étude de la nature des comportements répétés a consisté à analyser quelles étaient leurs caractéristiques, en les décortiquant individuellement pour voir s'ils répondaient à des exigences communes. Dès lors que l'habitude pénale est envisagée comme un contenant, il paraît logique de ne pas tenir compte de la nature des comportements répétés, qui doit rester indifférente. Le fait que l'habitude ne requière pas l'accomplissement d'un comportement particulier et qu'elle puisse porter sur n'importe quel comportement n'est absolument pas incompatible avec les spécificités de chaque institution et de chaque texte d'incrimination. Concrètement, cela implique que tous les comportements possibles et envisageables sont susceptibles d'être répétés et de former, le cas échéant, une habitude. On a pu le constater en premier lieu en analysant les comportements au travers de leur licéité : qu'ils soient licites ou illicites, condition préalable ou élément constitutif, simple infraction ou circonstance aggravante, ils peuvent former une habitude. Puis en second lieu, l'affirmation a également été vérifiée à propos du contenu de ces comportements. Actions, omissions, comportements instantanés ou continus, intentionnels ou non intentionnels : tous entrent dans le champ d'application de l'habitude.

Puisqu'il est désormais acquis que l'habitude ne peut pas être définie à partir de la nature des comportements qui la composent, c'est qu'elle doit entièrement reposer sur leur nombre.

Chapitre 2 : L'importance du nombre de comportements répétés

86. Habitude juridique et habitude criminelle. A défaut de pouvoir être identifiée par la nature des comportements qui la composent, l'habitude pénale doit donc se définir quantitativement par leur nombre. Or, la fixation de ce nombre dépend de la conception de l'habitude choisie. Dans une conception subjective, la répétition de comportements ne sert en effet qu'à prouver le penchant délictueux de l'auteur, qui constitue à lui seul l'habitude. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de fixer de manière rigide le nombre de comportements requis pour la constitution de l'habitude car ce nombre variera en fonction de la personnalité du délinquant et sera apprécié au cas par cas par le juge. En réalité, dans une telle conception, c'est plus une habitude criminelle qu'une habitude juridique qui est exigée. Dès que la personne a acquis un penchant délictueux, l'habitude est constituée. Toutefois, l'acquisition d'un penchant délictueux et la répétition de comportements sont deux phénomènes qui ne vont pas systématiquement de pair. En effet, il est des hypothèses dans lesquelles un agent a commis plusieurs comportements sans pour autant avoir acquis une habitude criminelle, et d'autres dans lesquelles une personne est dangereuse sans pour autant avoir commis plusieurs comportements³⁹⁹. Il faudrait alors apprécier au cas par cas si la dangerosité de l'agent est avérée, ce qui voudrait dire que le nombre de comportements nécessaires à la constitution de l'habitude ne serait pas le même selon les personnes ; mais un tel aléa est difficilement acceptable en matière répressive car il porte atteinte au principe de légalité criminelle⁴⁰⁰. Une telle conception doit donc être rejetée au profit d'une conception objective, dans laquelle le nombre de comportements répétés requis est prédéterminé et applicable à tous.

³⁹⁹ Cette seconde hypothèse est beaucoup moins intéressante que la première dans la mesure où, précisément, il n'y a pas répétition. Elle illustre cependant la dissociation des deux notions. En effet, une personne peut être dangereuse sans avoir commis de répétition, soit en n'étant jamais passée à l'acte, soit en n'ayant commis qu'un seul comportement. Lorsque le délinquant n'est jamais passé à l'acte, on parle de dangerosité *ante delictum* et de « pré-criminels » (H. JESCHEK, « Politique criminelle moderne en Allemagne et en France », RSC 1968, p. 528. Cette dangerosité pré-délictuelle pourrait être détectée, par définition avant la commission d'une infraction, par un certain nombre d'indices comme le genre de vie, les fréquentations, ou la personnalité (J. M. RICO, « Les législations hispano-américaines de dangerosité sociale. Evolution et signification », in *Dangerosité et justice pénale*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1981, p. 232). Lorsque le délinquant n'a commis qu'une seule infraction, sa dangerosité peut justifier l'application de mesures de sûreté particulières comme la rétention de sûreté, actuellement prévue aux articles 706-53-13 et suivants du Code de procédure pénale.

⁴⁰⁰ *Infra*, n°88.

87. Deux comportements ou plus. Lorsque l'habitude est conçue comme un ensemble de comportements, cela suppose évidemment qu'elle comprenne deux comportements distincts, sans quoi il ne peut y avoir d'ensemble. Mais affirmer que deux comportements suffisent à constituer l'habitude ne signifie pas que l'ensemble ne peut pas en contenir davantage. L'exigence de deux comportements n'est ainsi qu'une exigence *a minima*, la commission d'un troisième, voire d'un quatrième comportement venant en toute logique corroborer l'existence de l'habitude⁴⁰¹. C'est la raison pour laquelle il est possible de commettre des comportements supplémentaires, tous ces comportements faisant partie du même ensemble juridique. Ainsi, la suffisance de deux comportements pour constituer l'habitude (Section 1) n'écarte pas la possibilité de commettre des comportements supplémentaires (Section 2).

Section 1 : La suffisance de deux comportements

88. Un plus un égale habitude. En tant qu'ensemble, l'habitude doit nécessairement comprendre au moins deux comportements, et il semble logique d'admettre que deux comportements suffisent pour former une habitude. Pourtant, théoriquement, le droit pénal aurait pu considérer que le nombre de comportements requis pour former une habitude devait être supérieur, car il s'agit d'une question purement politique. Il n'en est rien puisqu'en droit positif, deux comportements suffisent à former une habitude pénale⁴⁰². En revanche, ce n'est pas vraiment le cas en droit commercial, matière dans laquelle la notion d'habitude est fréquemment utilisée, notamment pour définir le commerçant⁴⁰³. Bien que la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que l'habitude ne saurait résulter d'un acte unique⁴⁰⁴ – ce qui signifie *a contrario* qu'il en faut au moins deux –, elle estime que la

⁴⁰¹ E. DASKALAKIS tenait un raisonnement similaire à propos des infractions : « chaque infraction ne requiert qu'une réalisation *minima* de tous les éléments constitutifs de la définition légale pour que la qualité infractionnelle soit constituée. Mais il est possible que l'activité concrète en cause présente une certaine densité dans ses divers éléments de fait qui remplissent les éléments constitutifs d'une qualification, excédant ainsi le minimum des conditions requises pour la constitution légale de l'infraction » (*La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal, op. cit.*, p. 5).

⁴⁰² Pour rappel, cinq institutions répondent à la définition de l'habitude pénale : l'infraction d'habitude, la circonstance aggravante d'habitude (ou concours homogène aggravant), la récidive, la réitération et le concours réel d'infractions (v. *supra*, n°12 et s.), l'habitude non punissable étant exclue (*supra*, n°21).

⁴⁰³ L'art. L. 121-1 du Code de commerce définit le commerçant comme la personne qui accomplit des actes de commerce à titre de « profession habituelle ». L'expression est pléonastique dans la mesure où la profession est nécessairement une activité habituelle (M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle, op. cit.*).

⁴⁰⁴ Quant à la définition du commerçant : Cass. civ. 14 mai 1912 : *DP* 1912, 1, 303, *S.* 1912, 1, p. 328 ; CA Paris 13 oct. 1954 : *D.* 1955, p. 41 ; Cass. com. 2 oct. 1985 : Bull. civ. IV n°227, *JCP E* 1985, I, 14982. V. aussi en ce

constatation du nombre et de la durée des actes qui constituent l'habitude et la profession de commerçant est une question de fait dont la solution dépend de la libre appréciation des juges du fond⁴⁰⁵. L'habitude au sens commercial est ainsi caractérisée « moins par la répétition d'un certain nombre d'actes que par le temps consacré régulièrement à l'activité »⁴⁰⁶. Habitude pénale et habitude commerciale convergent en ce qu'elles supposent au moins deux actes, mais divergent en ce que seul le juge pénal doit retenir l'habitude dès la première répétition. En droit pénal, deux comportements suffisent donc à former l'ensemble qu'est l'habitude. La règle de suffisance de deux comportements est en effet une règle légale pour les habitudes matérielles (§ 1) et jurisprudentielle pour les habitudes formelles (§ 2).

§ 1 : Une règle légale en matière d'habitude matérielle

89. Similarité de la récidive, la réitération⁴⁰⁷, et du concours réel. S'agissant des habitudes matérielles, si la condition de répétition n'est pas formulée explicitement⁴⁰⁸, la règle de suffisance de deux comportements n'en est pas moins applicable : elle se déduit en effet des conditions légales posées pour leur constitution, les textes exigeant la commission de deux infractions distinctes. Une seule répétition suffit ainsi, que ce soit en matière de récidive (A), de réitération (B) ou de concours réel (C).

A. En matière de récidive

90. La règle et sa conséquence. Dire que deux comportements suffisent à constituer l'habitude n'implique pas en soi que l'habitude est automatiquement constituée dès qu'il y a deux comportements. Il s'agit là en effet de deux questions distinctes. Pourtant, dans une conception objective⁴⁰⁹, l'obligation de relever la récidive dès qu'il y a répétition (2) est la conséquence systématique de la suffisance de deux infractions (1).

qui concerne l'activité de marchands de biens, qui doit être habituelle : Cass. com. 5 déc. 2000 : inédit, pourvoi n° 97-20591.

⁴⁰⁵ Cass. com. 10 févr. 1981: Bull. civ. IV n°75 ; 11 juill. 1984 : Bull. civ. IV n°229.

⁴⁰⁶ J. SAVATIER, « Contribution à une étude juridique de la profession », in *Dix ans de conférences d'agrégation : études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 1.

⁴⁰⁷ Au sens de l'article 132-16-7 du Code pénal. A ne pas confondre avec la réitération d'actes matériels au sein d'une même infraction, comme dans les articles 222-16 et 222-17 du même code.

⁴⁰⁸ *Supra*, n°12.

⁴⁰⁹ D'autres conditions objectives sont posées en matière de récidive, conditions tenant au lien unissant les comportements. Il s'agit du lien de condamnation (*infra*, n°238 et s.), du lien d'analogie (*infra*, n°161 et s.) et du lien temporel (*infra*, n°214 et s.).

1. La suffisance de deux infractions

91. Interprétation stricte du Code pénal. La règle de suffisance de deux comportements résulte de la lecture des articles 132-8 et suivants du Code pénal. Lesdits articles sont formulés de la manière suivante : « Lorsqu'une personne physique [ou morale] déjà condamnée pour un crime [ou un délit], commet un crime [ou un délit], le maximum de la peine de la réclusion criminelle [ou emprisonnement] est... ». On comprend ainsi que, pour que l'état de récidive soit constitué, il faut que la personne ait déjà été condamnée de manière définitive pour une première infraction, et qu'elle en commette une seconde. Il ressort de ces textes que la répétition de deux infractions⁴¹⁰ est suffisante à constituer l'habitude inhérente à la récidive. Un auteur propose cependant d'exiger dans certains cas l'accomplissement de trois infractions en matière contraventionnelle car les contraventions, même lorsqu'elles sont de cinquième classe, ne seraient pas des infractions suffisamment graves pour constituer la récidive dès la première répétition⁴¹¹. Cette idée semble toutefois contraire au principe même de la récidive.

92. Appréciation de la pertinence de cette règle. Certains auteurs ont considéré que si l'on retient une conception objective de l'habitude, il faudrait exiger la commission d'au moins trois infractions pour satisfaire à la règle *ne bis in idem*. En effet, selon cette conception objective, c'est la répétition d'infractions en elle-même qui est sanctionnée par l'aggravation, et non le penchant délictueux de l'auteur. Or, chacune des infractions étant sanctionnée à titre autonome, si c'est leur répétition qui provoque l'aggravation, alors la circonstance aggravante de récidive ne ferait qu'imposer une sanction supplémentaire pour des faits déjà incriminés indépendamment l'un de l'autre⁴¹². L'application de la récidive aurait ainsi pour conséquence de sanctionner une seconde fois ces faits déjà réprimés à titre autonome, alors que cela est proscrit par la règle *ne bis in idem*. Par conséquent, en retenant trois infractions, cette règle serait respectée puisque la première constituerait l'infraction simple et les deux autres établiraient la réitération d'actes délictueux, formant ainsi la circonstance aggravante⁴¹³.

⁴¹⁰ *Supra*, n°67.

⁴¹¹ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, *op. cit.*, n°241.

⁴¹² CARNOT avait prétendu que la première infraction ayant déjà été punie, elle ne peut servir de base à un nouveau châtement, car ce serait violer *ne bis in idem* (*Commentaire sur le Code pénal*, Paris, Warée, 1923, 2^{ème} éd., t. 1, p. 257).

⁴¹³ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°261.

Cette idée ne s'impose cependant que si l'on adhère à la théorie de l'infraction aggravée, selon laquelle la circonstance aggravante vient s'ajouter à l'infraction principale pour former une nouvelle entité : l'infraction aggravée⁴¹⁴. En effet, en application de cette théorie, la première infraction serait sanctionnée deux fois : une première fois par la condamnation nécessaire à la constitution de la récidive, et une seconde fois au titre de l'infraction aggravée. C'est la raison pour laquelle, toujours selon cette théorie, la circonstance aggravante de récidive, afin de respecter la règle *ne bis in idem*, ne peut résider que dans le penchant délictueux, la dangerosité de l'auteur. En revanche, selon une conception plus classique de la circonstance aggravante⁴¹⁵, si on admet qu'il s'agit simplement d'un élément extérieur à l'infraction qui a pour effet d'aggraver la peine encourue par l'auteur, alors il n'est pas interdit de prendre en compte le passé pénal de l'auteur. En effet, ce n'est pas parce que la première infraction a déjà été sanctionnée⁴¹⁶ qu'on la sanctionne une nouvelle fois en la prenant en compte pour aggraver la seconde infraction. Le récidiviste n'est ainsi pas puni une deuxième fois pour la première infraction mais, simplement, la seconde infraction est sanctionnée plus sévèrement parce qu'elle montre qu'il n'a pas tenu compte de l'avertissement solennel de la justice⁴¹⁷. En décidant que la récidive est une circonstance aggravante, le législateur n'a pas créé un système où l'on punit deux fois la même personne pour les mêmes faits (la première infraction) mais tient simplement compte du passé pénal de l'auteur des faits.

La loi pénale considère ainsi que deux infractions suffisent. Il en va d'ailleurs de même en matière de récidive administrative puisqu'elle peut être constituée dès le deuxième manquement constaté⁴¹⁸. En résumé, il semble donc que deux infractions suffisent à caractériser la récidive. Mais cette règle s'accompagne nécessairement de l'obligation de relever la récidive dès la première répétition.

⁴¹⁴ *Supra*, n°62.

⁴¹⁵ *Supra*, n°62.

⁴¹⁶ Puisque la récidive implique que l'auteur de la première infraction ait été condamné définitivement avant de commettre la seconde.

⁴¹⁷ Sur cette notion, v. *infra*, n°496 et s.

⁴¹⁸ F. COLIN, « La récidive administrative », *AJDA* 2009, p. 2148, spéc., p. 2150. Par exemple, le nouveau refus d'un administré de se conformer à ses obligations, malgré l'invitation de l'administration dans le cadre d'une procédure organisée par des textes, par exemple le règlement intérieur d'un établissement scolaire, peut suffire à caractériser la récidive et justifier une sanction (CAA Nancy 17 nov. 2008, Melle Aïcha Bourhayel, n°08NC00100 ; CE 10 juin 2009, M. et Mme Kervanci, n°306833).

2. L'obligation de relever la récidive dès la seconde infraction

93. Récidive et dangerosité. Dans une conception objective, en présence d'une répétition⁴¹⁹, les juges seraient obligés de relever l'état de récidive⁴²⁰. C'est dire que même si les comportements ne sont pas révélateurs de la dangerosité de la personne, la récidive est constituée. Une telle dissociation entre récidive et dangerosité est parfaitement concevable. Certes, plusieurs études criminologiques ont montré qu'il existait une relation entre le nombre de délits commis antérieurement et la force de la tendance à la récidive en raison du poids de l'acquisition d'habitudes criminelles dans l'explication de la multirécidive⁴²¹, et la doctrine pénale considère généralement que le récidiviste est forcément dangereux⁴²². Mais l'on trouve pourtant des criminels d'occasion⁴²³ qui commettent plusieurs infractions sans pour autant être dangereux : ce sont les criminels « multi-occasionnels ». Ils sont la preuve que la multiplicité des crimes, et même des condamnations, ne révèle pas nécessairement une habitude criminelle du délinquant⁴²⁴, et que tous les récidivistes ne sont pas dangereux⁴²⁵. Il peut en effet arriver qu'une personne soit juridiquement en état de récidive alors qu'elle n'est pas criminologiquement ou cliniquement dangereuse⁴²⁶. Ce serait par exemple le cas d'une personne condamnée pour trafic de stupéfiants qui cause quatre ans plus tard un accident

⁴¹⁹ Evidemment, il faut aussi que la première infraction ait fait l'objet d'une condamnation pénale définitive : sur ce point, v. *infra*, n°239 et s.

⁴²⁰ Egalement en ce sens, C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°261.

⁴²¹ R. GASSIN, *Criminologie*, op. cit., n°692.

⁴²² « Au point de vue de la justice (...), la récidive dénote chez le délinquant une ténacité, une persistance à enfreindre la loi pénale qui augmente incontestablement sa culpabilité » (J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, éd. Plon, 3^{ème} éd., 1863, n°1185). L'incorrigibilité du délinquant d'habitude explique la répression accrue car c'est la répétition du geste délictueux qui révèle l'accoutumance au crime. « L'école classique a considéré la récidive comme n'étant qu'une circonstance aggravante de la peine du dernier délit. C'est une idée incomplète, ne saisissant de la récidive qu'un seul de ses côtés. Car elle ne présente pas uniquement un accroissement de culpabilité : la fréquence des infractions manifeste encore une incorrigibilité, une résistance à la loi, qui s'invétère. Ces deux éléments font de la récidive, non pas simplement une circonstance du délit, mais un état particulier de l'individu » (G. DE MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, Paris, L. Larose, 1898, spéc. p. 8).

⁴²³ B. DI TULLIO, *Principes de criminologie clinique*, PUF, 1967, p. 174 et s. : « Les criminels d'occasion sont des individus que des facteurs variés, mais principalement extérieurs poussent au crime en agissant comme des stimulants criminogènes d'intensité particulière et qui parviennent, à un moment donné, à faire céder leur faculté d'adaptation aux exigences des normes pénales. Parmi ceux-ci, il faut distinguer l'occasionnel pur, le criminel d'occasion devenu tel en raison de conditions ambiantes défavorables, d'habitudes nocives, etc, et le criminel d'occasion agissant dans des états émotifs et passionnels ».

⁴²⁴ En ce sens, J. BELEZZA DOS SANTOS, « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC* 1954, p. 687, spéc. p. 704.

⁴²⁵ J. BELEZZA DOS SANTOS, « Récidivistes et délinquants d'habitude », préc., p. 696 : « Il y a des récidivistes qui n'ont pas contracté d'habitude criminelle. Il y a des délinquants d'habitude qui ne sont pas des récidivistes ». Egalement en ce sens : J.-B. HERZOG, « Du multirécidivisme à la délinquance d'habitude », *RIDP* 1953, p. 523.

⁴²⁶ V. cependant pour une critique du recours excessif à la notion de dangerosité : *supra*, n°24 et s.

mortel de la circulation⁴²⁷. Les deux infractions sont en effet criminologiquement éloignées l'une de l'autre (l'une est intentionnelle, l'autre non) et le temps écoulé entre les deux infractions laisse penser que leur auteur n'a peut être pas acquis de véritable penchant délictueux. Cette dissociation n'a d'ailleurs pas échappé à la Cour de cassation, qui considère que les juges du fond ne sont pas dans l'obligation de rechercher si les règles applicables en matière de récidive sont applicables dès lors que leur décision ne vise pas l'état de récidive⁴²⁸. Ils n'ont pas à relever d'office la circonstance aggravante résultant d'un état de récidive qui n'a pas été inclus dans la prévention et alors qu'aucune mention de la décision n'indique que le prévenu a accepté d'être jugé sur cette circonstance⁴²⁹. Concrètement, sauf oubli, si les magistrats ne relèvent pas l'état de récidive, c'est qu'ils considèrent que l'auteur de l'infraction ne mérite pas forcément une sanction aggravée⁴³⁰. Implicitement, cela signifie que les juges estiment que le risque de rechute est faible, donc que le délinquant n'est pas forcément dangereux. L'absence d'obligation pour le juge de relever la récidive, tantôt approuvée⁴³¹, tantôt critiquée⁴³² par la doctrine, serait donc justifiée par la dissociation entre récidive légale et dangerosité.

94. Moment de la prise en compte de la dangerosité. Toutefois, il semble que contrairement à ce qui est prévu actuellement, la prise en compte de la dangerosité doit se faire non pas au moment de la vérification de l'existence de la récidive mais au moment de l'individualisation de la sanction. L'évaluation de la dangerosité ne devrait en effet intervenir qu'au stade du choix de la sanction. Le caractère facultatif de la récidive devrait alors être remplacé par le caractère facultatif de l'aggravation. Puisque la dangerosité n'est pas une condition de l'habitude, et que celle-ci est consommée par la simple répétition de comportements, le juge ne devrait pas apprécier si l'habitude est constituée ou non lorsqu'il y a deux comportements. Il devrait être obligé de constater la récidive sans pour autant être contraint de prononcer une peine aggravée. Le principe d'individualisation de la peine impose justement d'individualiser la *peine*, et non la récidive. Si cette proposition peut choquer, elle n'est pourtant pas si éloignée que cela de certaines solutions actuelles. Par exemple, si un juge

⁴²⁷ Exemple donné par F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°923.

⁴²⁸ Cass. crim. 27 déc. 1946 : Bull. crim. n°252 ; 13 oct. 1965 : Bull. crim. n°197 ; 27 juin 1990 : Bull. crim. n°266.

⁴²⁹ Sur ce point, v. *infra*, n°414.

⁴³⁰ Sur l'effet aggravant de la récidive : v. *infra*, n°459 et s.

⁴³¹ En ce sens, notamment P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°512.

⁴³² E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1384.

considère que l'auteur d'une infraction n'est pas dangereux, il va en tenir compte au stade de la peine, en faisant preuve de clémence, mais en aucun cas il ne relaxera la personne au motif qu'elle n'est pas dangereuse. Pourquoi alors adopter une logique différente en matière de récidive ? La constitution de l'état de récidive n'empêche pas de prendre en compte l'absence éventuelle de dangerosité de l'auteur au stade du prononcé de la sanction. Certains pourraient alors objecter qu'il n'y a aucun intérêt à prononcer la récidive si ce n'est pas pour aggraver la peine⁴³³. Cependant, puisqu'il arrive que la sanction du primo-délinquant soit symbolique – par exemple lorsqu'une personne déclarée coupable n'est condamnée qu'à une très faible peine d'emprisonnement avec sursis – le prononcé de l'état de récidive peut l'être également.

En conclusion, la règle de suffisance de deux comportements semble aller de pair avec l'obligation de retenir la récidive dès la première répétition⁴³⁴. Cette affirmation est également applicable à la réitération.

B. En matière de réitération

95. Suffisance de deux infractions. C'est la loi du 12 décembre 2005⁴³⁵ qui a consacré légalement la notion de réitération. Elle était auparavant employée par la doctrine et définie comme une « récidive de fait, puisque l'agent n'est pas un délinquant primaire, mais l'état de récidive n'est pas constitué en droit »⁴³⁶, cette construction doctrinale⁴³⁷ étant parfois qualifiée de « récidive avortée »⁴³⁸ ou de « récidive imparfaite »⁴³⁹. L'article 132-16-7 alinéa premier du Code pénal définit aujourd'hui la réitération comme l'hypothèse dans laquelle « une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale ». A la lecture de cet article,

⁴³³ V. cependant toutes les conséquences de la récidive au-delà de la condamnation : *infra*, note de bas de page n°1663.

⁴³⁴ E. DREYER considère aussi que « les magistrats devraient être tenus de relever cet état de récidive légale dès lors que la preuve leur en est rapportée par le ministère public » (*Droit pénal général, op. cit.*, n°1384).

⁴³⁵ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

⁴³⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - Droit pénal général, op. cit.*, n°824.

⁴³⁷ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°484 ; G. PICCA et P. VENGEON, « Caractéristiques et importance de la réitération d'infraction après l'exécution d'une peine privative de liberté », *RSC* 1971, p. 712.

⁴³⁸ J.-H. ROBERT, « Les murailles de silicium. Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *JCP G* 2006, I, 116, n°5.

⁴³⁹ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1387.

on comprend que, comme pour la récidive, deux infractions suffisent. Le critère de distinction entre les deux institutions ne tient donc pas au nombre de comportements requis⁴⁴⁰.

96. Obligation de relever l'état de réitération. Il faudrait admettre, comme en matière de récidive, que si une personne commet une infraction en état de réitération, c'est-à-dire conformément à la définition donnée par l'article 132-16-7 du Code pénal, le juge est obligé de relever cet état. Le juge peut donc prendre en compte la dangerosité de l'agent si celle-ci est avérée mais ce n'est pas toujours le cas car on constate également une dissociation entre la réitération et l'habitude criminelle. Ainsi, par exemple, peut-on raisonnablement considérer qu'une personne condamnée pour meurtre a contracté une habitude criminelle si, dix ans après avoir exécuté sa peine, elle commet une infraction de nature contraventionnelle, par exemple au Code de la route ? Il semble que n'importe quelle réitération ne s'accompagne pas de la dangerosité de l'auteur. Néanmoins, il faut relever l'état de réitération dès qu'il est constitué, ce qui fait obstacle à toute confusion des peines. L'alinéa 2 de l'article 132-16-7 prévoit en effet que « les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de *quantum* et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente »⁴⁴¹.

En droit pénal, deux infractions suffisent donc à caractériser la réitération, et devraient obliger le juge à relever cet état. On peut légitimement se demander si cette règle de suffisance de deux comportements est applicable aux habitudes réglementées par d'autres branches du droit, comme par exemple en droit des pratiques anticoncurrentielles. Si ces habitudes sortent du champ strict du droit pénal, elles n'en sont pas moins utiles pour vérifier la pertinence de la notion d'habitude dégagée, d'autant que le droit de la concurrence importe certaines notions pénales⁴⁴².

97. Comparaison avec la réitération en droit des pratiques anticoncurrentielles. L'habitude joue en effet un rôle en droit de la concurrence, à travers le concept de

⁴⁴⁰ Il tient à la présence ou l'absence des conditions de délai (*infra*, n°235) et de spécialité (*infra*, n°179).

⁴⁴¹ Sur l'étude détaillée de cette disposition, v. *infra*, n°467 et s., et 522 et s.

⁴⁴² V. à ce sujet L. IDOT, « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 457.

réitération⁴⁴³. L'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce prévoit ainsi que l'éventuelle réitération des pratiques anticoncurrentielles est prise en compte pour fixer le montant des sanctions pécuniaires. Dans son rapport annuel de l'année 2005, le Conseil de la concurrence a précisé que « la réitération ne peut être constatée que si, à la date de la mise en œuvre des pratiques, la même entreprise avait été sanctionnée pour avoir enfreint les mêmes dispositions légales, par une décision devenue définitive à cette date »⁴⁴⁴. Le mécanisme semble donc comparable à celui de la récidive ou de la réitération pénale. Toutefois, dans une décision du 15 octobre 2007⁴⁴⁵, le Conseil de la concurrence a affirmé l'autonomie de la notion de réitération en droit de la concurrence vis-à-vis de la récidive pénale et de la réitération pénale⁴⁴⁶, puis a eu l'occasion de préciser dans diverses décisions les contours de la réitération⁴⁴⁷. Malgré l'autonomie désormais affirmée de cette notion et au vu de la définition donnée dans le rapport annuel, on peut considérer qu'à l'instar du droit pénal, le droit de la concurrence se contente également de deux pratiques concurrentielles pour constituer la réitération.

La règle de suffisance de deux comportements a donc une portée pluridisciplinaire en matière d'habitude. Surtout, elle a les mêmes implications en matière de récidive qu'en matière de réitération, et devrait alors s'appliquer à la troisième catégorie d'habitude matérielle qu'est le concours réel d'infractions.

⁴⁴³ Pour une étude détaillée de cette institution, v. aussi D. BOSCO, « Ombres et lumières du traitement de la récidive par le droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDLC* 2010, n°4, p. 13 ; A. WINCKLER, « La récidive en droit européen de la concurrence : un droit d'exception ? », *RDLC* 2010 n°4, p. 21.

⁴⁴⁴ Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 2005, *La documentation française*, p. 130.

⁴⁴⁵ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'Internet à haut débit : *RTD com* 2008, p. 63, note E. CLAUDEL ; *D.* 2007, AJ 2668, obs. E. CHEVRIER ; CCC 2007, comm. 307, obs. D. BOSCO.

⁴⁴⁶ Point n°114. Dans le point suivant, le Conseil précise même que « Quant à l'utilisation du terme « récidive » par la Commission européenne ainsi que par les juridictions communautaires, elle ne signifie nullement qu'il est fait référence à une notion de droit pénal, par essence étranger au droit communautaire ».

⁴⁴⁷ *Infra*, n°165, 236, 255, 263, 415 et 470. Malgré l'ensemble des précisions jurisprudentielles, un requérant a soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 464-2 du Code de commerce, en ce qu'il permet de tenir compte de la réitération de pratiques anticoncurrentielles prohibées pour la fixation de la sanction pécuniaire sans définir ce qu'il faut entendre par réitération. Il serait donc contraire à l'article 34 de la Constitution dès lors que le législateur n'a pas pleinement exercé la compétence qu'il tient de cet article ainsi qu'à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, qui lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Toutefois, la Cour de cassation a considéré que la question ne présentait pas de caractère sérieux en ce que les termes « réitération de pratiques prohibées » sont suffisamment précis au regard de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi qui s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition et n'a donc pas renvoyé la question au Conseil constitutionnel (Cass. com. 17 sept. 2010 : inédit, pourvoi n°10-13686 (QPC incidente)).

C. En matière de concours réel d'infractions

98. Principe légal de suffisance de deux infractions. L'article 132-2 du Code pénal dispose qu' « il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction ». Cet article fait donc référence à deux infractions distinctes, commises l'une après l'autre, et suffisant à constituer un concours. Qu'il s'agisse du cas où l'auteur d'une infraction en commet une autre, sans avoir été jugé définitivement pour la première, ou du cas où il commet une deuxième infraction alors que la condamnation pour la première infraction n'est pas encore devenue irrévocable⁴⁴⁸, deux comportements suffisent à former le concours. Il faut en outre admettre que le concours réel est caractérisé lorsque le législateur fait d'une infraction la circonstance aggravante d'une autre⁴⁴⁹ dans la mesure où la définition du concours réel donnée par l'article 132-2 du Code pénal s'applique dès lors que la même personne a commis au moins deux infractions non séparées par une décision de condamnation. Le choix du législateur de ne retenir qu'une seule infraction aggravée serait donc une véritable fiction juridique⁴⁵⁰.

Si l'on s'en tient uniquement à la suffisance de deux infractions, il semble que le concours réel puisse être qualifié d'habitude. Mais certaines solutions jurisprudentielles s'éloignent de cette ligne directrice.

99. Dérive jurisprudentielle : cumul idéal de qualifications. La jurisprudence prend parfois quelques distances avec l'article 132-8 du Code pénal. Elle considère en effet qu'un seul fait peut entraîner plusieurs qualifications, qui seront traitées comme des infractions en concours réel⁴⁵¹. C'est notamment le cas lorsqu'un même fait délictueux provoque des atteintes à plusieurs valeurs sociales protégées ou occasionne plusieurs victimes.

S'agissant en premier lieu de l'atteinte à plusieurs valeurs protégées, les auteurs ont d'abord considéré que le conflit de qualifications ne pouvait jamais conduire à une pluralité de déclarations de culpabilité. Certains auteurs estimaient ainsi qu'il y avait dans ces

⁴⁴⁸ V. *supra*, n°20.

⁴⁴⁹ *Supra*, n°63 et s.

⁴⁵⁰ E. DREYER affirme d'ailleurs que « de façon exceptionnelle, niant la réalité pour déroger aux règles du concours réel d'infractions, le législateur considère parfois, en présence d'une pluralité de faits susceptibles d'être qualifiés chacun de manière autonome, qu'il n'y a qu'une seule infraction, aggravée par les circonstances dans lesquelles elle a été commise » (*Droit pénal général, op. cit.*, n°1398).

⁴⁵¹ Pour un exposé détaillé : v. notamment A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions, Essai d'une théorie générale, op. cit.*, n°841 et s.

hypothèses un conflit de lois impliquant le choix automatique de l'une des qualifications⁴⁵². D'autres se fondaient plutôt sur la règle *ne bis in idem*, le fait que le délinquant ne puisse pas être puni deux fois pour un même fait obligeant à ne retenir qu'une seule qualification. La doctrine est toutefois moins réticente aujourd'hui à admettre qu'un même fait puisse recevoir plusieurs qualifications et constituer un concours réel⁴⁵³.

Quant à la jurisprudence, elle a admis dès 1842 une pluralité de qualifications lorsqu'une seule et unique activité matérielle révèle une atteinte à plusieurs valeurs sociales protégées différentes⁴⁵⁴. L'arrêt qui fait figure de référence est l'arrêt *Ben Haddadi*, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 3 mars 1960⁴⁵⁵. En l'espèce, une personne avait projeté une grenade sur un café sans que, pour une cause indépendante de sa volonté, l'engin n'explose. Le tribunal militaire compétent déclara l'accusé coupable de tentative d'assassinat et de tentative de destruction par explosif. La Cour de cassation valida cette décision en se fondant à la fois sur la dualité d'éléments moraux et la pluralité de valeurs sociales protégées⁴⁵⁶. Puis la solution a été reprise à de nombreuses occasions. La jurisprudence, faisant référence au résultat de l'infraction, autorise ainsi le cumul de deux qualifications⁴⁵⁷, voire parfois de trois qualifications⁴⁵⁸, alors qu'un seul fait a été commis.

⁴⁵² J.-A. ROUX : S. 1909, 1, p. 409 et s.

⁴⁵³ Par ex, Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », RSC 1983, p. 597, spéc., n°19 : « si par une même et unique action, le délinquant atteint deux ou plusieurs intérêts, protégés chacun par une qualification différente, il est logique de retenir toutes ces qualifications, afin de donner à la conduite délictueuse toute son expression pénale, et de la remplir de tout ce que contient l'incrimination ».

⁴⁵⁴ Cass. crim. 17 déc. 1842 : Bull. crim. n°333 (tentative de meurtre et crime d'incendie ; 21 août 1845 : Bull. crim., n°263, S. 1845, 1, p. 848 (tentatives d'évasion et d'incendie) ; 2 juill. 1863 : Bull. crim. n°185 (avortement et homicide involontaire) ; 17 juin 1875 : Bull. crim. n°193 (tentative de meurtre et tentative de vol) ; 11 mars 1905 : Bull. crim. n°118 (homicide ou blessures involontaires et inobservation des règlements) ; 30 janv. 1937 : S. 1939, 1, p. 193, note A. LEGAL ; 3 nov. 1955 : Bull. crim. n°443 ; 19 avril 1956 : Bull. crim. n°323 ; 24 oct. 1956 : Bull. crim. n°675 ; 15 janv. 1958 : Bull. crim. n°60, RSC 1959, p. 367, obs. A. LEGAL.

⁴⁵⁵ Cass. crim. 3 mars 1960 : Bull. crim. n°138, RSC 1961, p. 105, obs. A. LEGAL ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n°19 ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, op. cit., n°69.

⁴⁵⁶ « Attendu que [...] si l'auteur d'un tel attentat a en vue, indépendamment de la destruction de l'édifice, la mort de personnes, qu'elles habitent ou non le local soumis à l'action de l'explosif, il commet un second crime, dont l'élément matériel est constitué sans doute par le même fait, mais qui se distingue du premier par son élément intentionnel qui est la volonté de tuer [...] ; il ne s'agit pas, en tel cas, d'un crime unique dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire au vœu de la loi, mais de deux crimes simultanés, commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables différentes ». S'agissant de tentatives, LEGAL a fait remarquer que la pluralité de qualifications ne pouvait se justifier par la diversité des résultats de l'acte criminel, il fallait donc nécessairement se référer à l'intention de l'auteur (RSC 1961, p. 107).

⁴⁵⁷ La tentative de vol et la violation de sépulture (T. pol. Mâcon, 28 juin 1966 : RSC 1967, p. 646, obs. A. LEGAL ; T. Corr. Fort-de-France, 22 sept. 1967 : JCP 1968, II, 15583, note P.-G. BISWANG ; RSC 1969, p. 130, obs. A. LEGAL), la diffamation et la propagation de fausses nouvelles (Cass. crim. 5 mai 1966 : Bull. crim. n°139, RSC 1967, obs. A. LEGAL), l'homicide ou les blessures involontaires et une contravention routière (Cass. crim. 3 mai 1960, Bull. crim. n°236 ; 25 mars 1965 : Bull. crim. n°88 ; Cass. crim. 8 mars 1972 : Bull. crim. n°221 ; et Cass. crim. 6 sept. 2000 : *Juris-Data* n°2000-860029), une diffamation et une violation du secret professionnel (CA Rennes 13 juin 1975 : JCP 1976, II, 18421, note C. GEOFFROY ; Cass. crim. 3 févr. 1977 :

Bien que conduisant à retenir l'existence de plusieurs infractions pour un seul fait, une telle solution n'a pas été déclarée contraire au droit européen. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé conforme à l'article 4 du protocole n°7 de la Convention relatif au principe *ne bis in idem*, le fait de retenir cumulativement deux qualifications différentes – en l'occurrence absence de maîtrise du véhicule et blessures involontaires – « lorsqu'un fait pénal unique » se décompose en deux infractions distinctes⁴⁵⁹. Les motifs de cet arrêt laissent penser que la Cour admet le cumul de qualifications de manière plus large que la jurisprudence française⁴⁶⁰, et que le droit français n'est donc pas incompatible avec les dispositions de la Convention. Quoiqu'on puisse penser de cette solution, il semble évident qu'un concours réel ne peut être qualifié d'habitude que s'il implique au moins deux faits distincts, ce qui n'est pas le cas lorsqu'un seul fait porte atteinte à plusieurs valeurs protégées.

En second lieu, la doctrine est divisée sur le point de savoir si la pluralité de victimes peut être un critère de la pluralité d'infractions ou non. Certains auteurs rejettent la prise en compte de la pluralité de victimes comme critère de la détermination de la pluralité d'infractions⁴⁶¹, mais ils ne donnent que des exemples de vol, jamais d'infraction contre les personnes ; d'autres excluent radicalement le concours réel lorsqu'une même infraction fait plusieurs victimes⁴⁶², sans précision de la nature de l'infraction (biens ou personnes). A l'inverse, une partie de la doctrine admet qu'en cas de pluralité de victimes, il y a pluralité d'infractions⁴⁶³. Traditionnellement, la jurisprudence considère qu'en cas de pluralité de victimes, il y a autant d'infractions distinctes que de victimes et que chaque infraction doit faire l'objet d'une question distincte⁴⁶⁴. Ainsi, dans les cas où un fait matériel unique a

Bull. crim. n°44 ; 19 oct. 1982 : Bull. crim. n°225 ; 17 juill. 1986 : Bull. crim. n°237), détournement d'aéronef et prise d'otage (Cass. crim. 22 nov. 1983 : Bull. crim. n°308), conditions indignes de travail et violences volontaires par harcèlement moral (Cass. crim. 4 mars 2003 : Bull. crim. n°58 ; RSC 2003, p. 561, obs. Y. MAYAUD), discrimination syndicale et harcèlement moral (Cass. crim. 6 févr. 2007 : Bull. crim. n°29 ; RSC 2007, p. 527, obs. E. FORTIS, p. 818 obs. Y. MAYAUD, et p. 824 obs. A. CERF-HOLLANDER ; RPD p. 661 obs. A. LEPAGE), meurtre et faux (Cass. crim. 12 nov. 1975 : Bull. crim. n°244), tenue d'une comptabilité irrégulière ou incomplète et omission d'écriture en comptabilité (Cass. crim. 4 mai 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 10, note J.-H. ROBERT), tromperie et usurpation d'appellation d'origine (Cass. crim. 16 janv. 2007 : *Dr. pén.* 2007, comm. 57, note J.-H. ROBERT).

⁴⁵⁸ Ouverture illégale d'une maison de jeux, absence de tenue de comptabilité, et absence de déclaration de recettes : Cass. crim. 8 mars 2006 : Bull. crim. n°66 : *AJ pénal* 2006, p. 216, obs. G. ROUSSEL.

⁴⁵⁹ CEDH 30 juill. 1998 : *Oliveira c/ Suisse*, req. 25711/94, § 26, JCP G, 1999, I, 105, obs. F. SUDRE.

⁴⁶⁰ En ce sens : P. BONFILS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°33.

⁴⁶¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op. cit.*, n°116 ; J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^{ème} éd., 1927, § 30, p. 125.

⁴⁶² E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1389.

⁴⁶³ J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, *op. cit.*, n°1319.

⁴⁶⁴ Cass. crim. 20 juill. 1882 : Bull. crim. n°180 ; 24 déc. 1840 : Bull. crim. n°363 ; 7 déc. 1965 : Bull. crim. n°264.

occasionné des blessures de gravité inégale à des victimes différentes entraînant des qualifications distinctes (délit et contravention par exemple), la jurisprudence retient les diverses qualifications en concours, alors que les valeurs protégées sont identiques⁴⁶⁵. Par exemple, en cas d'accident de la circulation dont il résulte des blessures de gravité différente pour les passagers du véhicule, une incapacité de plus de trois mois pour l'un et de moins de trois mois pour l'autre, la chambre criminelle de la Cour de cassation constate la présence « d'un fait unique donnant ainsi naissance à un délit et à une contravention »⁴⁶⁶. Cependant, cette situation ne déboucherait pas sur un concours réel mais un cumul idéal de qualifications. Cela expliquerait que si l'auteur d'un accident automobile a causé à plusieurs victimes des blessures différentes, plusieurs déclarations de culpabilité seront prononcées mais les délits et contraventions de blessures involontaires qui procédaient d'une même action ne seront sanctionnés que d'une seule peine⁴⁶⁷. L'argument de la peine ne semble toutefois pas décisif, car même si une seule peine est prononcée, l'auteur n'en est pas moins reconnu coupable de plusieurs infractions, alors qu'il n'a commis qu'un seul fait.

100. Conclusion sur les cas de suffisance d'un seul acte. Parce que dans ces hypothèses l'auteur n'a commis qu'un seul fait, l'habitude est exclue. En effet, ces situations de concours réel, ou qualifiées comme telles, ne supposent pas de répétition et ne répondent donc pas à la définition de l'habitude. L'habitude pourrait ainsi être le critère de distinction entre concours idéal et concours réel. En ce qu'elle implique des comportements répétés, elle spécifie le concours réel, qui doit être réservé aux hypothèses dans lesquelles plusieurs infractions distinctes ont été commises. On peut d'ores et déjà en conclure que le concours réel ne peut être qualifié d'habitude que s'il implique au moins deux comportements, sans oublier qu'il conviendra évidemment de voir si cette institution remplit également les autres critères de l'habitude⁴⁶⁸.

L'idée selon laquelle l'habitude est un ensemble suffisamment formé par deux comportements est donc vérifiée en droit positif puisque selon le Code pénal, deux infractions suffisent à constituer la récidive, la réitération et le concours réel. C'est également le cas pour

⁴⁶⁵ Cass. crim. 4 janv. 1957 : Bull. crim. n°10 ; 26 oct. 1960 : Bull. crim. n°481 ; 16 mai 1984 : Bull. crim. n°182 ; 22 févr. 1995 : Bull. crim. n°80 et 81.

⁴⁶⁶ Cass. crim. 28 janv. 1969 : Bull. crim. n°51.

⁴⁶⁷ Cass. crim. 8 mars 2005 : Bull. crim. n°78. V. aussi Cass. crim. 26 oct. 2010 : *Dr. pén.* 2011, comm. 15, note M. VERON ; *Gaz. Pal.* 5/6 janv. 2011, p. 19, obs. E. DREYER.

⁴⁶⁸ Notamment le lien d'analogie : v. *infra*, n°180.

l'infraction d'habitude et l'habitude circonstance aggravante même si, concernant ces habitudes formelles, la règle de suffisance de deux comportements est d'origine jurisprudentielle.

§ 2 : Une règle jurisprudentielle en matière d'habitude formelle

101. Absence de détermination légale du nombre d'actes nécessaires. Les habitudes formelles ont comme particularité, voire comme paradoxe, de ne pas comporter textuellement la règle de suffisance de deux actes. En effet, le législateur n'a pas fixé *a priori* le nombre d'actes nécessaires mais se contente d'exiger une « habitude » ou un comportement commis « à titre habituel » ou « habituellement »⁴⁶⁹. C'est donc la jurisprudence qui a dû se prononcer sur le nombre d'actes nécessaires à la constitution de l'habitude. Le principe est alors celui de l'appréciation jurisprudentielle du nombre d'actes. Toutefois, une appréciation au cas par cas n'étant pas satisfaisante⁴⁷⁰, la jurisprudence s'est elle-même encadrée en décidant que deux comportements suffisent. C'est en matière d'infraction d'habitude que cette règle a été élaborée (A). La solution a ensuite été transposée au concours réel homogène (B). En revanche, la règle ne semble pas applicable à l'habitude non punissable (C), confirmant qu'elle ne répond pas à la définition de l'habitude pénale.

A. Une solution classique en matière d'infraction d'habitude

102. Utilité de la règle. La règle de suffisance de deux actes posée par la jurisprudence à propos de l'infraction d'habitude ne pose en elle-même aucune difficulté particulière. En revanche, on peut s'interroger sur sa spécificité. Est-elle propre à l'infraction d'habitude ou, à

⁴⁶⁹ D'ailleurs, certains ont pu écrire, à propos de l'infraction d'habitude, que « la loi pénale dans ces incriminations ne parle point de répétition du comportement décrit ; elle se contente tout simplement de disposer, que celui qui commet habituellement tel acte sera puni de telle peine. Ainsi, à première vue, la réitération du comportement qualifié ne constitue pas une exigence légale pour l'établissement de l'infraction. D'après la lettre de la loi, l'infraction existe lorsque l'auteur a commis l'acte décrit non pas occasionnellement mais ayant obéi à une tendance déjà acquise à se livrer à cette activité » (E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, *op. cit.* p. 302). Selon cet argument, l'habitude n'implique pas nécessairement de répétition puisque le texte ne le mentionne pas. Le législateur utilise donc le mot habitude pour désigner le penchant délictueux de l'agent ; pourtant, il semble impossible de commettre un acte habituellement autrement qu'en l'ayant commis plusieurs fois. L'argument tiré de l'absence de la mention de répétition ne paraît pas très pertinent.

⁴⁷⁰ V. *supra*, n°88.

l'inverse, se retrouve-t-elle dans d'autres infractions complexes⁴⁷¹ ? Une réponse positive à cette dernière question viendrait remettre en cause l'identification de l'infraction d'habitude grâce à ce critère. C'est pourquoi, après avoir présenté la règle de suffisance de deux comportements (1), sera mise en avant son inefficacité à constituer un signe distinctif de l'infraction d'habitude (2).

1. Présentation de la règle

103. Exception à l'appréciation jurisprudentielle de l'habitude. Par exception au principe de l'appréciation jurisprudentielle de l'habitude, le législateur a fixé arbitrairement, dans un seul texte d'incrimination, le nombre d'actes requis pour consommer l'habitude. Pour la constitution du délit de violation habituelle des dispositions tarifaires applicables aux voyageurs, plus communément appelé délit de fraude d'habitude⁴⁷², le texte précise ainsi que « l'habitude est caractérisée dès lors que la personne concernée a fait l'objet, sur une période inférieure ou égale à douze mois, de plus de dix contraventions (...) ». Dans ce cas, l'infraction d'habitude est un ensemble formé d'au moins dix actes.

104. Silence volontaire du législateur ? Hormis cette hypothèse, le législateur n'a jamais réglé la question du nombre d'actes requis pour constituer l'habitude. De très anciens arrêts considéraient alors que le nombre d'actes était une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴⁷³ et que, parallèlement, les juges du fond n'étaient pas obligés de reconnaître l'existence de l'habitude dès que deux faits étaient réunis⁴⁷⁴. Ce pouvoir s'exerçait toutefois sous le contrôle de la Cour de cassation, qui exigeait que les juges du fond constatent expressément l'existence de l'habitude⁴⁷⁵ et lui fournissent

⁴⁷¹ Etant entendu qu'en raison de sa composition plurale, l'infraction d'habitude est généralement présentée comme un type d'infraction complexe. V. notamment en ce sens, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op.cit.*, n°209 ; C. PORTERON, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infraction, préc., n°67 ; R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949, n°238.

⁴⁷² Délit créé par la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, et initialement prévu par l'art. 24-1 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fers. Depuis l'ordonnance n°2010-1307 du 28 octobre 2010, cette infraction est incriminée à l'article L. 2242-6 du Code des transports. Sur cette infraction, v. J.-F. DUCOING, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Chemin de fer, 2005, n°139 et s.

⁴⁷³ Cass. crim. 21 oct. 1841 : S. 1842, 1, 984.

⁴⁷⁴ Cass. crim. 17 janv. 1829 : *Jur. gén.* v° Attentats aux mœurs, n°59 ; 21 oct. 1841, préc.

⁴⁷⁵ Cass. crim. 17 janv. 1829 : préc. ; Cass. crim. 17 nov. 1899 : *DP* 1900, 5, p. 945 ; 9 févr. 1900 : *DP* 1900, 1, p. 279 ; 2 juin 1906 : *DP* 1907, 1, p. 365.

des éléments de fait pour qu'elle puisse exercer son contrôle⁴⁷⁶. La majorité de la doctrine a déduit de cette solution que le silence du législateur était voulu, qu'il aurait sciemment laissé un pouvoir d'appréciation au juge⁴⁷⁷. En ne précisant pas le nombre d'actes, il viserait le penchant délictueux⁴⁷⁸, penchant que les juges devraient apprécier au cas par cas. Il leur appartiendrait ainsi dans chaque affaire d'apprécier si le nombre d'actes accomplis suffit à constituer l'infraction d'habitude en fonction de l'acquisition du penchant délictueux⁴⁷⁹. Il serait alors inutile de fixer un nombre d'actes car « la solution qui consiste à retenir un critère purement numérique de l'habitude est discutable »⁴⁸⁰ en ce qu'elle confond « l'habitude, qui est une manière d'être acquise par un individu, et la répétition, qui ne constitue qu'un facteur d'acquisition de cette manière d'être »⁴⁸¹.

105. Principe de suffisance de deux actes. Heureusement, cette conception n'a pas longtemps reçu l'écho de la jurisprudence. Depuis 1864, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère en effet qu'en matière d'infraction d'habitude, deux actes suffisent⁴⁸². Preuve toutefois des hésitations jurisprudentielles en la matière, un arrêt de 1880 a retenu la qualification d'excitation habituelle de mineurs à la débauche dans le cas où une jeune fille mineure avait été donnée en concubinage et où l'habitude « résultait » d'un état de fait prolongé⁴⁸³. Cette solution isolée est critiquable dans la mesure où l'habitude s'entend nécessairement de plusieurs actes distincts : chacun des actes constitutifs de l'habitude peut certes s'étaler dans le temps, mais ils n'en doivent pas moins être distincts les uns des autres⁴⁸⁴. En définissant l'habitude comme une activité, la Cour de cassation avait déformé la

⁴⁷⁶ Cass. crim. 18 déc. 1897 : *DP* 1899, 1, p. 171 ; 3 avr. 1914 : Bull. crim. n°184 ; 12 juill. 1919, Bull. crim. n°173 ; 1^{er} août 1919 : Bull. crim. n°195 ; 4 nov. 1922 : Bull. crim. n°346 ; 27 mars 1925 : *DH* 1925, p. 310.

⁴⁷⁷ V. en ce sens H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^{ème} éd., 1947, n°185 ; A. LEBRUN, note sous CA Poitiers 16 août 1940 : *DC* 1941, p. 78.

⁴⁷⁸ A. LEBRUN, note sous CA Poitiers 16 août 1940 : *D.C.* 1941, p. 78 ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°118.

⁴⁷⁹ A. BLANCHE, *Etudes pratiques sur le code pénal*, 2^{ème} éd. Paris, 1888, t. 5, n°153 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, art. 1^{er} n°62 et art. 334 et 335, n°93 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op.cit.*, n°116-II ; J. MALHERBE, « Hôtelière et proxénétisme », *RSC* 1956, p. 75 ; A. NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, n°161 ; J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, *op. cit.*, n°762. Plus récemment, M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°59.

⁴⁸⁰ G. ENDREO, « L'habitude », *D.* 1981, p. 313, spéc. p. 318.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² Cass. crim. 27 févr. 1864 : Bull. n°52, *S.* 1864, 1, p. 341 ; CA Bordeaux 22 nov. 1893 : *DP* 1895, 2, p. 148 ; Cass. crim. 3 juill. 1896 : Bull. n°218 ; 15 mars 1919 : *DP* 1920, 1, p. 90 ; 4 avr. 1919 : Bull. crim. n°87 ; 17 oct. 1936 : *DH* 1936, p. 542 ; 24 mars 1944 : *D.* 1944, p. 75 ; 14 déc. 1987 : Bull. crim. n°456.

⁴⁸³ Cass. crim. 22 juill. 1880 : *S.* 1881, 1, p. 44.

⁴⁸⁴ *Supra*, n°78.

notion alors qu'il aurait simplement fallu, en l'espèce, prouver que le concubinage avait pour conséquence inévitable de provoquer plusieurs fois la mineure à la débauche.

Exception faite de cet arrêt isolé, le principe de suffisance de deux comportements semble être une solution constante, inlassablement répétée, de façon positive ou négative : de manière positive lorsque la chambre criminelle prend la peine d'énoncer le principe, par exemple en utilisant la formule selon laquelle « l'habitude est suffisamment caractérisée par l'accomplissement de deux faits successifs »⁴⁸⁵ ; de manière négative lorsqu'elle considère que l'habitude est insuffisamment caractérisée par le premier acte⁴⁸⁶. Pour résumer, dès lors que deux actes sont accomplis, l'infraction d'habitude est constituée et le juge doit la retenir. La chambre criminelle a ainsi consacré « un critère simple mais rigide : en toute hypothèse, deux actes font l'habitude »⁴⁸⁷.

106. Distorsion avec la criminologie. Si la plupart des auteurs se satisfait de cette règle⁴⁸⁸, d'autres comme GARRAUD, proposent d'exiger au minimum trois actes, en soulignant qu'« un minimum de trois faits nous semble indispensable, car la répétition d'un acte peut difficilement être envisagée comme formant déjà une habitude »⁴⁸⁹. Sans doute l'auteur veut-il dire que si l'on se contente de deux actes, le second n'aura pas été commis en état d'habitude, et que seul un troisième acte peut être commis en état d'habitude. Mais alors à ce moment là, pourquoi ne pas exiger quatre ou cinq actes ? Il est évident que cette proposition est contestable parce que, ce qui compte, ce n'est pas que l'acte ait été commis en *état* d'habitude, mais simplement que l'acte ait été commis habituellement, c'est-à-dire répété au moins une fois. Le législateur aurait certes pu fixer le seuil de consommation de l'infraction d'habitude à trois, quatre, ou même dix actes (comme c'est le cas pour le délit de fraude

⁴⁸⁵ Cass. crim. 3 mars 1971 : RSC 1971, p. 939, note A. VITU. V. aussi en matière d'exercice illégal de la profession de courtier : Cass. crim. 5 févr. 2003, inédit, pourvoi n° 01-87052.

⁴⁸⁶ En matière d'exercice illégal de la médecine : Cass. crim. 4 avr. 1919 : Bull. n°87. En matière d'exercice illégal d'une profession commerciale : Cass. crim. 14 déc. 1987 : Bull. crim. n°456. En matière d'exercice illégal de la profession de géomètre-expert : Cass. crim. 8 déc. 1993 : Bull. crim. n°379 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 87, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 1994, p. 550, obs. B. BOULOC. En matière de démarchage bancaire ou financier (à l'époque infraction d'habitude) : CA Besançon 1^{er} févr. 2005, *Juris-Data* n°2005-271423, CCC 2005, comm. 178, obs. G. RAYMOND.

⁴⁸⁷ A. VITU, « La notion d'habitude dans le délit d'exercice illégal de la profession de chirurgien dentiste », note sous Cass. crim. 3 mars 1971, RSC 1971, p. 939.

⁴⁸⁸ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., n°195 ; J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, op. cit., § 30, p. 122.

⁴⁸⁹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, op. cit., n°116. Egalement en ce sens : CA Nancy 26 nov. 1926 : S. 1929, 2, p. 121, note B. PERREAU.

habituelle⁴⁹⁰), cette question relevant de la politique criminelle⁴⁹¹, mais dans tous les cas, l'habitude pénale reste indépendante de l'habitude criminelle⁴⁹². En effet, quel que soit le nombre d'actes choisis, il y aura forcément des cas dans lesquels l'infraction d'habitude sera consommée alors que l'agent n'est pas dangereux et inversement. Or, la règle de droit doit être la même pour tous et ne peut pas varier en fonction des individus. Ce n'est pas parce qu'une personne répète un acte qu'elle devient systématiquement dangereuse. Par exemple, il est évident que dans la majorité des cas, une personne qui a consulté plusieurs fois un service de communication en ligne mettant à disposition l'image d'un mineur à caractère pornographique⁴⁹³ peut être considérée comme dangereuse au sens où l'on peut craindre qu'elle commette ultérieurement des agressions ou atteintes sexuelles. Toutefois, un individu peut intentionnellement consulter de telles images sans pour autant être dangereux, comme un étudiant ou un journaliste qui cherche à expliquer ce phénomène et comprendre pourquoi et comment les personnes consultent ce type d'images. La répétition est donc parfois, mais pas nécessairement, synonyme de dangerosité, c'est pourquoi le droit pénal doit fixer des règles détachées de ce critère de dangerosité. L'infraction d'habitude est ainsi logiquement et systématiquement constituée dès la première répétition, peu importe qu'elle soit la manifestation d'un penchant délictueux.

La règle de suffisance de deux comportements s'applique donc invariablement à l'infraction d'habitude. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle permette d'identifier l'infraction d'habitude parmi les infractions complexes.

2. L'inefficacité de la règle comme critère de l'infraction d'habitude

107. Identification quantitative ou qualitative de l'infraction d'habitude ? De la règle de suffisance de deux comportements, un auteur a pu déduire que l'identification de l'infraction d'habitude résidait dans la mesure quantitative de sa matérialité⁴⁹⁴. Mais le fait que deux actes suffisent à constituer l'habitude permet-il véritablement de distinguer l'infraction d'habitude d'autres infractions ? La question se pose dans la mesure où cette caractéristique

⁴⁹⁰ *Supra*, n°103.

⁴⁹¹ *Supra*, n°88.

⁴⁹² *Supra*, n°86.

⁴⁹³ Infraction d'habitude prévue par l'art. 227-23 al. 5 C. pén.

⁴⁹⁴ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008, n°351.

semble se retrouver dans des infractions pour lesquelles le législateur n'a pas employé le terme « habitude » mais d'autres vocables impliquant eux aussi une répétition, comme par exemple « réitération ». En principe, une infraction ne peut être considérée comme une infraction d'habitude que si la condition d'habitude est expressément mentionnée (a), ce qui tend à exclure cette qualification lorsque le texte ne comporte pas cette référence (b).

a) Le principe de la mention expresse de l'habitude

108. Principe de la mention expresse de l'habitude. En principe, la chambre criminelle de la Cour de cassation estime qu'on ne peut considérer une infraction comme infraction d'habitude que si la loi fait expressément mention de la condition d'habitude⁴⁹⁵. L'utilisation d'un tel critère est tout à fait naturelle au regard du principe de légalité criminelle, c'est pourquoi les infractions pour lesquelles la condition d'habitude est clairement mentionnée ne font pas l'objet de discussions doctrinales. Lorsque la condition d'habitude est explicitement mentionnée et qu'elle porte sur le comportement de l'auteur, l'infraction est unanimement qualifiée d'infraction d'habitude. L'identification de l'infraction d'habitude est cependant plus complexe lorsque la condition d'habitude ne porte que sur certains des actes incriminés. C'est par exemple le cas de l'exercice illégal de la profession d'avocat.

109. Exemple de l'exercice illégal de la profession d'avocat. Cette infraction est définie par l'article 4 alinéa 1 de la loi du 31 décembre 1971⁴⁹⁶ qui dispose que « nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit [...] ». L'article 54 alinéa 1 précise quant à lui que « nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui ». On constate à cette lecture que la condition d'habitude n'est mentionnée que dans l'article 54. C'est la raison pour laquelle on doit distinguer selon le domaine des actes concernés : lorsque l'acte correspond à un monopole absolu de l'avocat, l'infraction est

⁴⁹⁵ Cass. crim. 13 mai 1954 : Bull. crim. n°181, D. 1954, p. 695 note signée F.G. ; Cass. crim. 29 janv. 1965 : Bull. crim. n°30, D. 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU.

⁴⁹⁶ La loi n°71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

simple, c'est-à-dire consommée par un seul acte⁴⁹⁷ ; tandis que lorsque l'acte relève du domaine partagé entre les avocats et les personnes dépourvues de cette qualité, l'infraction sanctionnant l'exercice illégal de la profession d'avocat serait une infraction d'habitude⁴⁹⁸. Ainsi, certaines infractions sont tantôt simples tantôt d'habitude, selon la volonté expresse du législateur. Les mêmes difficultés se posent pour les infractions dans lesquelles les termes « répétition » et « réitération » sont employés, ou encore lorsque la condition de répétition est implicite, comme quand le texte d'incrimination évoque « le fait de harceler » ou une « activité ».

b) Les infractions sans condition d'habitude

110. Absence du terme « habitude » ou de ses dérivés. Concernant ces infractions, la majorité des auteurs respecte le principe posé par la jurisprudence, et exclut la qualification d'infraction d'habitude⁴⁹⁹, conformément au principe de légalité criminelle. En effet, ne serait-ce que d'un point de vue sémantique, si le législateur fait référence à des actes « réitérés » et non à un comportement « habituel », on peut supposer qu'il y a une raison⁵⁰⁰. Pourtant, une minorité estime à l'inverse que « le domaine des infractions concernées [d'habitude] n'est d'ailleurs pas tributaire d'une référence expresse à l'habitude »⁵⁰¹. Autrement dit, selon cette dernière conception, une infraction pourrait être une infraction d'habitude sans comporter expressément la condition d'habitude. Le choix entre l'une ou l'autre conception ne pourra pas se faire grâce au critère du nombre de comportements car la jurisprudence applique aussi le principe de suffisance de deux actes aux infractions dépourvues d'une condition formelle d' « habitude » mais visant une réitération.

111. Réitération : appels téléphoniques malveillants et menaces non matérialisées.

La condition de réitération est utilisée en matière d'appels téléphoniques malveillants⁵⁰² et de

⁴⁹⁷ Cass. crim. 21 févr. 2006 : inédit, pourvoi n°05-84899 ; *JCP G* 2006, I, 188, obs. R. MARTIN.

⁴⁹⁸ B. LAPEROU-SCHENEIDER, « L'exercice illégal de la profession d'avocat, un délit à géométrie variable ? », note sous Cass. crim. 21 oct. 2008, *D.* 2009, p. 1067. L'auteur fait remarquer qu'en outre, l'article 66-2 de la loi du 31 décembre 1971 fait encourir la même peine que celle prévue à l'article 72 à « quiconque aura, en violation des dispositions du présent chapitre, donné *des* consultations ou rédigé *des* actes sous seing privé en matière juridique », le pluriel impliquant qu'une seule consultation ou une seule rédaction ne suffit pas à consommer le délit.

⁴⁹⁹ Par ex. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°348.

⁵⁰⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°347, à propos des persécutions téléphoniques.

⁵⁰¹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°173.

⁵⁰² Art. 222-16 C. pén.

menaces non matérialisées⁵⁰³. A l'instar des solutions rendues à propos des infractions qui comportent la condition d'habitude, la Cour de cassation considère à leur égard que deux actes suffisent⁵⁰⁴, même si quelques cours d'appel ont statué en sens contraire⁵⁰⁵. La doctrine est donc hésitante sur le point de savoir s'il s'agit d'infractions d'habitude ou non⁵⁰⁶. Certains auteurs mettent en évidence une distinction entre les infractions d'habitude *stricto sensu* (celles qui mentionnent l'habitude) et les infractions complexes qui exigent pour leur constitution la réitération de l'élément matériel⁵⁰⁷. On remarque en outre qu'à l'instar de certaines infractions tantôt simples tantôt d'habitude⁵⁰⁸, la menace de commettre une atteinte aux biens dangereuse pour les personnes et la menace de violence ne requièrent qu'un seul acte si elles sont écrites⁵⁰⁹, mais doivent être réitérées si elles sont verbales⁵¹⁰. Etant donné que la règle de suffisance de deux comportements est également applicable aux infractions qui comportent une condition de répétition sans exiger formellement une condition d'« habitude », il est donc impossible d'utiliser ce critère pour les distinguer. La même remarque peut être faite à propos du harcèlement moral.

112. Harcèlement moral professionnel. L'article 222-33-2 du Code pénal⁵¹¹ incrimine « le fait de harceler », ce qui implique déjà une répétition⁵¹², « par des agissements

⁵⁰³ Art. 222-17, R. 623-1, R. 631-4 et R. 634-1 C. pén.

⁵⁰⁴ En matière d'appels téléphoniques : Cass. crim. 4 mars 2003 : Bull. crim. n°57 ; *JCP G* 2003, II, 10112, note J.-Y. MARECHAL ; *Dr. pén.* 2003, comm. 82, note, M. VERON ; *RSC* 2003, p. 789, obs. Y. MAYAUD.

⁵⁰⁵ Notamment CA Paris 2 mai 2000 : *Juris-Data* n°2000-122988. V. aussi CA Douai 20 mars 2002 : *Juris-Data* n°2002-200821, précisant toutefois que c'était parce que le second appel suivait et complétait le premier.

⁵⁰⁶ En faveur de la qualification d'infraction d'habitude : A. BEZIZ-AYACHE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Pollution et nuisances, 2007, n°95 ; B. CHALLE, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 7 à 9, fasc. 20 : action publique, prescription, 2011, n°26 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°439 ; C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 44, 2008, n°359.

En faveur de la qualification d'infraction complexe : G. CASILE-HUGUES et J.-B. PERRIER, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Appels téléphoniques malveillants et agressions sonores, 2010, n°8 ; Y. MAYAUD, « La notion de réitération en droit pénal : l'exemple des menaces », préc. ; « Malveillance téléphonique et surveillance de la Cour de cassation », préc. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, n°257.

⁵⁰⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n°161 ; « La notion de réitération en droit pénal : l'exemple des menaces », note sous Cass. crim. 26 févr. 2002 : *RSC* 2002, p. 591 ; « Malveillance téléphonique et surveillance de la Cour de cassation », note sous Cass. crim. 4 mars 2003 : *RSC* 2003, p. 788 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, n°257 ; *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°347.

⁵⁰⁸ *Supra*, n°109.

⁵⁰⁹ Art. 222-17 et R. 623-1 C. pén.

⁵¹⁰ Art. 322-12, R. 631-1 et 634-1 C. pén.

⁵¹¹ V. également art. L. 1152-1 C. trav. : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses 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 ». Ce dernier texte est strictement interprété par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui considère qu'un seul acte ne peut pas constituer un harcèlement moral (Cass. soc. 9 déc. 2009 : Bull. civ. V. n°280 ; *D.* 2010, p. 95, note L. PERRIN).

répétés », d'où une redondance⁵¹³. Pour vérifier la consommation de ce délit, la jurisprudence fait référence au caractère habituel des agissements⁵¹⁴ et se contente également de deux actes, dès lors que ceux-ci ont pour effet une dégradation de conditions de travail⁵¹⁵. Autrement dit, à la différence de l'infraction d'habitude où la répétition suffit sans que l'on prenne en compte ses effets, en matière de harcèlement moral, deux actes suffisent mais à condition qu'ils soient suffisamment significatifs pour perturber les conditions de travail. Quoi qu'il en soit, les similitudes du harcèlement moral avec les infractions comportant la condition d' « habitude » sèmement la confusion au sein de la doctrine. Certains en déduisent que le harcèlement moral est une infraction d'habitude⁵¹⁶, d'autres qu'il s'agit simplement d'une infraction complexe⁵¹⁷. On trouve même une troisième conception, intermédiaire, selon laquelle il s'agit d'une infraction d'habitude, mais « pas d'une infraction d'habitude classique »⁵¹⁸. Les mêmes hésitations se retrouvent à propos de l'infraction de harcèlement moral au sein du couple.

113. Harcèlement moral au sein du couple. Depuis la loi du 9 juillet 2010⁵¹⁹, est incriminée à l'article 222-33-2-1 du Code pénal une nouvelle forme de harcèlement : le harcèlement au sein du couple. L'alinéa 1 de cet article sanctionne ainsi « le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale », et l'alinéa 2 étend cette incrimination aux personnes ayant eu cette qualité dans le passé. Selon une circulaire, cette infraction aurait pour finalité de sanctionner « une succession de comportements qui peuvent

V. aussi l'art. 6 quinquies de la loi n°83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont 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 ».

⁵¹² Selon le dictionnaire Littré, harceler signifie « tourmenter, inquiéter par de petites mais de fréquentes attaques ».

⁵¹³ E. MONTEIRO, « Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail », *RSC* 2003, p. 277.

⁵¹⁴ Par exemple Cass. crim. 12 déc. 2006 : *Dr. pén.* 2007, comm. 48, obs. M. VERON.

⁵¹⁵ CA Douai, 13 sept. 2005 : *JCP G* 2005, IV, 3832.

⁵¹⁶ C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, *op. cit.*, n°359 ; F. MEYNADIER, *Le harcèlement professionnel*, Thèse Montpellier I, 2007, n°208 ; P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Harcèlement, 2010, n°47 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°373 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°454.

⁵¹⁷ P. ADAM, *Rép. trav. Dalloz*, v° Harcèlement moral, 2011, n°54 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°513 ; V. WESTER-OUISSSE, *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, v° Travail, fasc. 60 : infractions contre le salarié, 2009, n°106.

⁵¹⁸ A. CERF-HOLLANDER, *Rép. trav. Dalloz*, v° Droit pénal du travail, 2010, n°59.

⁵¹⁹ Loi n°2010-769 du 9 juill. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

être insignifiants de prime abord, mais dont l'accumulation entraîne une dégradation des conditions de vie de la victime »⁵²⁰. L'incrimination se veut, dans l'esprit du législateur, non pas concurrentielle mais, au contraire, complémentaire de celles des violences physiques ou psychologiques. Le délit de harcèlement moral commis au sein des couples permettrait en effet de réprimer une accumulation, une répétition de faits d'importance moindre mais dont l'effet pour la personne qui en est victime peut être particulièrement dommageable ; alors que l'incrimination de violences volontaires permettrait, à l'inverse, la répression d'un fait isolé ou unique d'une plus grande gravité⁵²¹. Cependant, les conflits de qualifications entre le harcèlement conjugal et les violences psychologiques entre époux risquent d'être nombreux et difficiles à résoudre. Sans doute le harcèlement suppose-t-il une pluralité de faits là où les violences peuvent résulter d'un fait unique. Mais en cas de violences psychologiques répétées, un conflit de qualifications pourrait bien se présenter⁵²². Le texte faisant référence au « fait de harceler », l'infraction ne pourra être consommée qu'à partir du deuxième acte, comme pour le harcèlement moral. Le critère du nombre d'actes accomplis ne permet donc pas de déterminer s'il s'agit ou non d'une infraction d'habitude. Cette impossibilité d'identifier l'infraction d'habitude à partir du critère de nombre d'actes nécessaires se retrouve encore en matière de harcèlement sexuel.

114. Harcèlement sexuel. L'article 222-33 du Code pénal incrimine « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle »⁵²³. Contrairement au harcèlement moral et au harcèlement au sein du couple, l'incrimination du harcèlement sexuel ne précise pas qu'il faut des agissements répétés. La doctrine s'interroge donc sur le point de savoir s'il s'agit d'une infraction simple ou complexe. En effet, le législateur français avait manifesté sa volonté, lors de la création du nouveau Code pénal instituant le délit, de créer un délit simple, consommé même en cas d'acte unique⁵²⁴. C'est la raison pour laquelle la majorité des auteurs considère qu'il s'agit d'un délit simple⁵²⁵. Les partisans adverses s'appuient sur la

⁵²⁰ Circ. crim-2010-17/E8-03/08/2010.

⁵²¹ Rapp. n° 2293 de M. Guy Geoffroy, fait au nom de la commission spéciale, déposé à l'Assemblée nationale le 10 févr. 2010.

⁵²² T. GARE, « Droit pénal », *D.* 2010, p. 2732.

⁵²³ V. également art. L. 1153-1 C. trav. : « Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits ».

⁵²⁴ V. notamment F. SERUSCLAT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail, Doc. Sénat 1991-1992, n°350, p. 17.

⁵²⁵ P. CONTE, « Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. A propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP G* 2002, I, 320 ; P. COUV RAT, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau Code pénal », *RSC* 1993, p. 469 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°735 ; J. PRALUS-

jurisprudence pour justifier la qualification d'infraction d'habitude⁵²⁶, car selon eux, les juges du fond s'attacheraient à caractériser l'accumulation ou la répétition des agissements illicites⁵²⁷. En outre, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel parce que les juges d'appel n'avaient pas suffisamment montré en quoi la victime avait été soumise à des attaques réitérées et incessantes⁵²⁸. Face à ces hésitations, un auteur a proposé de distinguer deux types de harcèlement sexuel : un harcèlement-lassitude en l'absence de lien d'autorité (harcèlement horizontal), qui exige plusieurs actes ; et un harcèlement-chantage, en présence d'un lien d'autorité (harcèlement vertical) qui pourrait être constitué d'un seul acte⁵²⁹.

A ce premier débat vient s'ajouter un second, au sein des partisans de la qualification d'infraction complexe. La plupart des auteurs penche en effet en faveur de la qualification d'infraction d'habitude⁵³⁰ mais là encore, le malaise de la doctrine est perceptible, certains évoquant même « une sorte d'infraction d'habitude »⁵³¹. Même si deux actes suffisent à constituer le harcèlement sexuel, cette infraction ne semble pas pour autant pouvoir recevoir la qualification d'infraction d'habitude pour des raisons étrangères au nombre d'actes accomplis⁵³². L'application de la règle de suffisance de deux actes au harcèlement sexuel n'en met pas moins en évidence les difficultés d'identification de l'infraction d'habitude.

115. Activité. Des difficultés semblables se présentent lorsque le texte d'incrimination évoque une « activité ». L'utilisation de ce terme pourrait en effet viser non pas un acte isolé mais plusieurs actes distincts, caractérisant ainsi une activité. Or, la question de savoir si une infraction requiert pour sa consommation un ou plusieurs actes est fondamentale puisqu'elle permet de déterminer sa nature juridique d'infraction simple ou complexe. Ce problème se rencontre par exemple à l'article L. 225-19 du Code de l'action sociale et des familles qui incrimine, en matière d'adoption internationale, « le fait d'exercer l'activité d'intermédiaire

DUPUY, « Le harcèlement sexuel (commentaire de l'article 222-33 du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale) », *D.* 1993, p. 53.

⁵²⁶ P. MISTRETTA, *Rép. pén. Dalloz*, v° Harcèlement, préc., n°16.

⁵²⁷ V. par ex. Cass. crim. 13 oct. 2004 : inédit, pourvoi n°03-88018 ; 2 mars 2005 : inédit, pourvoi n°04-84107 ; 10 mai 2006 : inédit, pourvoi n°05-87653.

⁵²⁸ Cass. crim. 10 nov. 2004 : Bull. crim. n°280, RSC 2005, p. 78, obs. Y. MAYAUD.

⁵²⁹ V. MALABAT, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. social* 2003, p. 491 ; *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°358.

⁵³⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°439 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, p. 235 ; F. MEYNADIER, *Le harcèlement professionnel*, *op. cit.*, n°208 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°91.

⁵³¹ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. Cours Magistral, 2008, n°351.

⁵³² Sur l'identité de victime : v. *infra*, n°157.

pour l'adoption ou le placement en vue de l'adoption »⁵³³ alors que l'exercice de cette activité est subordonné à l'obtention d'une autorisation préalable⁵³⁴. L'utilisation du terme « activité » peut alors faire penser à l'exercice d'une profession, auquel cas il faudrait que l'agent ait accompli plusieurs entremises⁵³⁵, ce qui plaiderait en faveur de la qualification d'infraction d'habitude. Or, ce texte du Code de l'action sociale et des familles est concurrencé par l'alinéa 2 de l'article 227-12 du Code pénal incriminant « le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître ». En l'absence de référence à l'habitude ou à une quelconque répétition, ce dernier texte semble incriminer l'entremise dès le premier acte, ce qui caractérise bien au contraire une infraction d'occasion. En définitive, il semble que le texte du Code de l'action sociale et des familles doive être interprété à l'aune du texte du Code pénal car il est possible d'exercer illégalement une activité réglementée ou une profession en n'accomplissant qu'un seul acte sans y être autorisé. En outre, l'alinéa 3 de l'article 222-17 du Code pénal prévoit une peine aggravée en cas de commission habituelle de cette infraction. Si le législateur a voulu manifester sa sévérité à l'encontre de telles pratiques⁵³⁶, il est inconcevable qu'il s'agisse d'une infraction d'habitude. Même si la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet pas vraiment de confirmer l'une ou l'autre des qualifications dans la mesure où, dans les rares espèces qui lui sont soumises, elle fait référence à plusieurs actes accomplis⁵³⁷, il faut admettre que la référence à une « activité » n'implique pas de répétition, et exclut donc l'habitude.

Par conséquent, lorsqu'un texte d'incrimination vise une répétition de comportements sans faire de référence directe à l'habitude, il est difficile de déterminer si l'infraction concernée est ou non une infraction d'habitude parce que la règle de suffisance de deux comportements est également applicable. Toutefois, si cette règle ne permet donc pas à elle

⁵³³ « Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15000 euros le fait d'exercer l'activité d'intermédiaire pour l'adoption ou le placement en vue de l'adoption de mineurs de quinze ans sans avoir obtenu l'autorisation préalable prévue au premier alinéa de l'article L. 225-11 ou malgré une interdiction d'exercer. Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, suivant les modalités de l'article 131-27 du Code pénal, d'exercer l'activité professionnelle d'accueil, d'hébergement ou de placement de mineurs ».

⁵³⁴ Art. L. 225-11 Code de l'action sociale et des familles.

⁵³⁵ Sur le lien entre habitude et profession, v. *supra*, n°8.

⁵³⁶ Sur l'utilisation de ce système de règlement de concours réel, v. *infra*, n°447 et s.

⁵³⁷ Par ex. Cass. crim. 18 mars 2008 : Bull. crim. n°66. Cela se justifie par le fait qu'il est très rare qu'une personne se livre à une seule entremise.

seule d'identifier l'infraction d'habitude, elle n'en reste pas moins un élément de définition de l'habitude pénale. C'est la raison pour laquelle elle s'applique au concours réel homogène.

B. Une solution reproduite en matière de concours réel homogène

116. Jurisprudence rare mais constante. Le législateur punit parfois d'une peine aggravée la commission habituelle d'une infraction. S'est donc posée la question de savoir combien d'actes étaient nécessaires pour former cette habitude. En effet, en l'absence de fixation légale du nombre de comportements requis, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur cette question très rapidement après l'entrée en vigueur de ce premier cas particulier de concours réel, en matière d'avortement⁵³⁸. En l'occurrence, la Cour d'appel de Poitiers a jugé que « la circonstance aggravante que la prévenue se livrait habituellement à des manœuvres abortives est suffisamment caractérisée par la succession des deux avortements sus-spécifiés »⁵³⁹. Depuis cet arrêt, et alors que d'autres cas de concours réels homogènes ont été consacrés⁵⁴⁰, la solution a été reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Les arrêts sont toutefois très peu nombreux, probablement faute de contentieux. La Cour de cassation utilise dans ces hypothèses une formule analogue à celle utilisée en matière d'infraction d'habitude⁵⁴¹, posant par exemple que « la circonstance aggravante, visée par l'article 427 du Code pénal dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 juillet 1985, est constituée dès lors qu'ont été commis deux actes au moins de contrefaçon »⁵⁴². Parfois, elle se contente d'approuver les motifs de la Cour d'appel, selon lesquels « il existait deux épisodes violents qui, au regard du droit pénal, pouvaient constituer l'habitude exigée par le texte d'incrimination »⁵⁴³.

117. Nécessité de trois comportements ? Comme pour la circonstance aggravante de récidive⁵⁴⁴, certains auteurs considèrent qu'en adoptant une conception objective de l'habitude, il faut exiger la commission d'au moins trois infractions pour retenir la circonstance aggravante d'habitude, au risque de ne pas respecter la règle *ne bis in idem*. Un

⁵³⁸ Sur l'aspect historique, v. *supra*, n°15.

⁵³⁹ CA Poitiers 16 août 1940 : *D. C.* 1941, p. 78, note A. LEBRUN.

⁵⁴⁰ *Supra*, n°16.

⁵⁴¹ Ce qui n'est pas étonnant puisque la jurisprudence a purement et simplement copié la définition de l'habitude dans l'infraction d'habitude pour l'appliquer à la « circonstance aggravante ».

⁵⁴² Cass. crim. 5 déc. 1991 : inédit, pourvoi n°90-86162, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p.178, note J.-P. DOUCET.

⁵⁴³ Cass. crim. 19 nov. 2002 : inédit, pourvoi n°02-82826.

⁵⁴⁴ *Supra*, n°92.

tel argument n'est cependant recevable que si l'on conçoit la circonstance aggravante comme un élément de l'infraction aggravée. En effet, selon cette théorie, si la circonstance aggravante correspond véritablement à la première infraction, cette dernière serait punie non seulement en tant que première infraction mais également en tant qu'élément de l'infraction aggravée (formée des deux infractions). C'est la raison pour laquelle les partisans de cette théorie des circonstances aggravantes exigent une troisième infraction – conception objective – ou considèrent que la circonstance aggravante ne peut consister que dans le penchant délictueux de l'auteur – conception subjective –. Toutefois, comme on l'a démontré⁵⁴⁵, il semble préférable de qualifier cette hypothèse de cas particulier de concours réel dans lequel l'auteur des infractions encourt, pour avoir commis deux fois la même infraction, une seule peine mais aggravée⁵⁴⁶.

118. Obligation de retenir la circonstance aggravante dès la deuxième infraction.

Comme pour les autres types d'habitudes, il faut admettre que le juge n'a pas de marge d'appréciation : dès que l'infraction est répétée, il doit retenir l'habitude sans s'interroger sur le point de savoir si l'auteur est dangereux ou non. Il pourra toutefois tenir compte de l'aggravation de peine correspondante au stade de l'individualisation de la sanction, puisque la répétition de l'infraction ne fait qu'augmenter le maximum du *quantum* de la peine encourue, sans contraindre le juge à prononcer une peine supérieure au maximum encouru pour une infraction simple.

La règle de suffisance de deux comportements a donc exactement les mêmes implications à l'égard du concours homogène qu'à l'égard des autres types d'habitude. En revanche, cette règle ne s'applique pas à l'habitude non punissable, ce qui fournit une preuve supplémentaire du fait que cette institution ne répond pas à la définition de l'habitude pénale.

C. Une solution inapplicable à l'habitude non punissable

119. Appréciation au cas par cas du nombre d'actes requis. Le terme « habitude » est censé avoir la même signification et les mêmes implications quel que soit le type d'habitude concerné. Pourtant, la définition de l'habitude pénale ne semble pas applicable à

⁵⁴⁵ *Supra*, n°63.

⁵⁴⁶ Il existe également d'autres cas particuliers de concours réels pour lesquels une aggravation de peine est prévue. C'est notamment le cas de la corrélation, par exemple, lorsque le meurtre précède, accompagne ou suit un autre crime (art. 221-2 C. pén.). Sur ce point, v. *supra*, n°64.

l'habitude non punissable. En ce qui concerne cette dernière, la jurisprudence n'a d'ailleurs jamais consacré explicitement le principe de suffisance de deux comportements. Autre preuve de la singularité de cette institution, la question de savoir si le juge peut apprécier l'existence de l'habitude en fonction de l'acquisition d'un penchant délictueux ne se pose pas puisque les actes ne sont pas punissables, même lorsqu'ils sont répétés. Le nombre de comportements requis est alors apprécié au cas par cas.

120. Exemple. La jurisprudence relative à l'infraction prévue à l'article 225-6 3° du Code pénal⁵⁴⁷ en fournit une illustration. Ce texte incrimine le fait ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution (première hypothèse), ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution (seconde hypothèse)⁵⁴⁸. Dans la première hypothèse, les juges du fond doivent caractériser une prostitution habituelle. Eu égard à la définition de l'habitude proposée, on peut croire qu'il faudra établir au moins deux actes de prostitution distincts. Or, la chambre criminelle fait preuve de souplesse, en considérant que l'expression « personne se livrant habituellement à la prostitution » n'est pas sacramentelle, et qu'il suffit que le fait de prostitution habituelle ressorte des constatations des juges du fond⁵⁴⁹. Dans le même esprit, elle juge que l'expression « prostituée notoire » implique nécessairement que la femme ainsi qualifiée se livre habituellement à la prostitution⁵⁵⁰, ou encore que, même si le caractère habituel de la prostitution à laquelle se livrait une femme n'a pas été expressément affirmé par les juges du fond, ce caractère se déduit nécessairement des circonstances de fait par eux relatées⁵⁵¹. Autrement dit, la caractérisation de la prostitution habituelle se fera au cas par cas. Parfois deux actes suffiront, parfois non. La chambre criminelle est donc moins exigeante en matière d'habitude non punissable qu'en matière d'infraction d'habitude ou de concours homogène aggravant.

Dans la seconde hypothèse, l'agent doit être en relation habituelle avec une personne se livrant à la prostitution. Selon une interprétation stricte du texte, il n'est pas exigé que la personne se soit livrée à plus d'un acte de prostitution ; en revanche, elle doit avoir rencontré ou été en contact avec l'agent au moins deux fois. Or, la chambre criminelle n'exige pas des

⁵⁴⁷ Autrefois, art. 334 3° ACP.

⁵⁴⁸ Sur l'analyse de cette infraction, v. *supra*, n°49.

⁵⁴⁹ Solutions rendues sous l'empire de l'ancien Code pénal mais toujours applicables : Cass. crim. 30 avr. 1949 : Bull. crim. n°153, *D.* 1949, p. 304 ; 4 janv. 1957 : Bull. crim. n°11 ; 8 nov. 1966 : Bull. crim. n°253.

⁵⁵⁰ Cass. crim. 30 avr. 1949, préc. ; 4 janv. 1957, préc.

⁵⁵¹ Cass. crim. 18 avr. 1967 : Bull. crim. n°124.

juges du fond qu'ils s'attachent à caractériser précisément ces deux événements et se satisfait d'une démonstration du caractère « notoire » des relations. Cette attitude n'est d'ailleurs pas spécifique à l'application de l'article 225-6 3° mais se retrouve dans les infractions faisant référence à des « relations habituelles », c'est-à-dire principalement les infractions de justification mensongère de l'origine des revenus⁵⁵². Les juges du fond s'appuient par exemple sur la « fréquence des liens entretenus » pour déduire la certitude des relations habituelles⁵⁵³, sans entrer dans le détail du nombre d'entrevues ou de communications ayant eu lieu entre les protagonistes. Cette pratique n'est guère choquante dans la mesure où il s'agit d'une activité continue plus que d'actes isolés distincts les uns des autres. Il n'en demeure pas moins que l'habitude non punissable ne répond pas à la définition de l'habitude pénale proposée.

121. Conclusion de la Section 1. En tant qu'ensemble, l'habitude doit donc nécessairement comprendre deux éléments : deux comportements. Une telle vision de l'habitude est ratifiée en droit positif puisque la règle de suffisance de deux comportements est applicable à toutes les habitudes pénales. Les habitudes matérielles ont ainsi pour inconvénient de ne pas comporter expressément de condition d'habitude mais pour avantage de doter la règle de suffisance de deux comportements d'un fondement légal, bien qu'implicite. Deux infractions suffisent ainsi à former une récidive, une réitération ou un concours réel et, corrélativement, il faut admettre que le juge pénal est obligé de retenir l'habitude dès que deux infractions ont été commises, sans avoir à apprécier la dangerosité éventuelle de l'auteur. A l'inverse, les habitudes formelles ont pour singularité de comporter expressément une condition d'habitude, sans que le nombre de comportements requis ait été fixé par le législateur. L'intervention de la jurisprudence est alors tout à fait légitime et son choix pour la règle de suffisance de deux comportements ne peut être qu'approuvé car il instaure une unité et une cohérence dans l'application de la condition de répétition.

Finalement, on constate que, malgré leurs différences, toutes les habitudes sont gouvernées par la règle de suffisance de deux comportements. Comme tout ensemble, l'habitude comporte nécessairement une limite inférieure quant aux comportements accomplis. En revanche, elle ne comporte pas de limite supérieure, si bien qu'il est parfaitement envisageable qu'elle comprenne des comportements supplémentaires.

⁵⁵² Notamment art. 225-12-5 al. 2 C. pén. pour l'exploitation de la mendicité ; art. 321-6 C. pén. pour l'incrimination générale (créée par la loi n°2006-64 du 23 janv. 2006).

⁵⁵³ CA Pau 1^{ère} ch. corr. 29 janv. 2002 : *Dr. pén.* 2002, comm. 68, obs. M. VERON.

Section 2 : La possibilité de commettre des comportements supplémentaires

122. Raisonnement *a fortiori*. Si l'habitude requiert au moins deux comportements, elle peut également en comprendre davantage. Si l'agent a accompli des actes supplémentaires, l'habitude sera d'autant mieux caractérisée. Toutefois, lorsqu'il y a plus de deux comportements, se posent des problèmes de comptabilisation : la somme des comportements est-elle constitutive d'une seule et même habitude, ou bien caractérise-t-elle plusieurs habitudes distinctes ? Au-delà de l'aspect théorique de l'interrogation, le choix pour l'unité ou la pluralité d'habitudes n'est pas anodin, notamment en ce qu'il influence le régime juridique de l'habitude⁵⁵⁴. La possibilité de commettre des comportements supplémentaires va en principe de pair avec l'unité juridique de l'habitude. En effet, si l'on conçoit l'habitude comme un ensemble de comportements, celui-ci doit pouvoir regrouper une infinité de comportements, ce qui conduit alors à s'interroger sur la manière dont l'habitude peut comprendre plus de deux comportements⁵⁵⁵. Parce que le regroupement des comportements en principe autonomes ne pose pas les mêmes difficultés selon leur nature, la réponse à cette question impose de distinguer selon que l'ensemble est formé de comportements punissables (§ 2) ou non (§ 1)

§ 1 : L'ensemble formé de comportements non punissables

123. Distinction selon le nombre de comportements. En droit positif, le seul exemple d'un ensemble formé de comportements non punissables constituant une habitude est l'infraction d'habitude. Techniquement, les raisons pour lesquelles tous les actes non punissables isolément sont constitutifs d'un ensemble unique varient selon qu'ils sont au nombre de trois (A) ou plus (B).

⁵⁵⁴ *Infra*, n°281 et s.

⁵⁵⁵ Une telle question ne doit toutefois pas être confondue avec la question de savoir ce qui justifie que les comportements répétés soient traités ensemble car cette question du fondement de l'habitude relève davantage du lien entre les comportements : *infra*, n°142 et s.

A. L'impossible pluralité en présence de trois comportements

124. Trois comportements et *ne bis in idem*. Dans l'hypothèse où trois comportements ont été accomplis, deux solutions sont théoriquement envisageables. Soit le premier et le deuxième comportement forment une première infraction d'habitude, et le deuxième et le troisième en forment une seconde ; soit les trois comportements forment un ensemble insécable : une seule et même infraction. De ces deux propositions, seule la seconde est recevable au regard de la règle *ne bis in idem*⁵⁵⁶. Cette règle signifiant littéralement « pas deux fois pour la même chose », interdit en effet de punir deux fois une personne pour les mêmes faits. Or, cet adage a deux implications principales, l'une procédurale, l'autre substantielle. Premièrement, il pose le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel⁵⁵⁷, c'est-à-dire la règle selon laquelle l'autorité de chose jugée est une des causes d'extinction de l'action publique⁵⁵⁸, et empêche donc d'exercer de nouvelles poursuites pour les mêmes faits. Deuxièmement, l'adage implique que, même en dehors de toute poursuite, lorsqu'un fait matériel peut tomber sous le coup de plusieurs incriminations, on ne peut en retenir qu'une. Concrètement, un fait unique ne peut donc pas servir à constituer deux infractions différentes, ou une infraction simple et une circonstance aggravante. Ici, seul le second aspect de cette règle retient l'attention puisqu'il s'agit d'envisager le problème de l'unité ou de la pluralité d'habitude de manière abstraite, sans que l'action publique ait été mise en mouvement. Appliqué à notre hypothèse, le principe *ne bis in idem* signifie donc que

⁵⁵⁶ Pour une étude globale du principe, v. notamment J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Thèse Paris I, 2005 ; M. MORET-DANAN, *La règle non bis in idem en droit pénal français*, thèse Rennes, 1971.

⁵⁵⁷ Principe alors parfois formulé sous la forme *bis de eadem re ne sit actio* : « une seule action pour la même affaire » : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n°33.

Règle consacrée par divers textes, tant nationaux qu'extranationaux : Art. 6 C. proc. pén. : « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par [...] la chose jugée ». V. également art. 14 § 7 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, art. 4 du protocole n°7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne de décembre 2000. Comp. art 1351 C. civ.

⁵⁵⁸ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 22^{ème} éd., 2010, n°971 et s ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2009, n°434 et s. ; R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », *RSC* 1963, p. 239 ; C. GAVALDA, « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *JCP* 1957, I, 1373 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 6^{ème} éd., 2010, n°2444 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n°885 et s. ; F. MOLINS, *Rép. pén. Dalloz*, v° Action publique, 2011, n°163 et s. ; K. NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. XIV, 1973 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n°1023 et s.

le deuxième comportement ne peut pas être à la fois élément constitutif d'une première infraction d'habitude et d'une seconde.

125. Enjeux. Le deuxième acte ne peut donc pas être pris en compte pour deux infractions d'habitude car cela supposerait qu'un même acte soit élément constitutif de deux infractions différentes, ce qui est juridiquement impossible au regard de la règle *ne bis in idem*. Il est vrai qu'au plan de la sanction encourue, le débat sur l'unité ou la pluralité d'infractions d'habitude n'a pas vraiment d'importance car en admettant l'existence de deux infractions d'habitude distinctes au regard de la loi, l'agent serait en situation de concours réel (d'où en l'occurrence une sorte d' « habitude d'habitude »), et encourrait la même peine que s'il n'avait commis qu'une seule infraction d'habitude, en raison du principe de non-cumul des peines⁵⁵⁹. Par exemple, un ministre du culte qui célèbre trois mariages religieux sans mariage civil préalable⁵⁶⁰, commet-il une seule infraction d'habitude ou deux ? Si l'on considère qu'il n'en commet qu'une, alors il encourt la peine prévue pour cette infraction, c'est-à-dire six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende. Si à l'inverse, on considère qu'il a commis deux infractions d'habitude successives, il est alors en état de concours réel⁵⁶¹ ; mais, en raison du principe de non-cumul des peines, il encourra exactement la même peine que s'il n'avait commis qu'une seule infraction d'habitude. On peut donc douter de l'utilité du questionnement relatif à l'unité ou la pluralité d'infractions d'habitude quant à la peine encourue. Il n'en reste pas moins que dans l'hypothèse où trois actes ont été accomplis, il ne peut exister qu'une seule infraction d'habitude⁵⁶². En revanche, les données sont différentes dès lors qu'il y a quatre comportements ou plus.

B. Le rejet de la pluralité en présence de quatre comportements ou plus

126. Données du problème. Là encore, deux possibilités existent : soit ces quatre comportements constituent une seule infraction, soit ils caractérisent deux infractions d'habitude consécutives et distinctes (d'une part le premier et le deuxième comportement, et d'autre part le troisième et le quatrième). Ici, le problème rencontré précédemment (lorsqu'il

⁵⁵⁹ *Infra*, n°435 et s.

⁵⁶⁰ Infraction d'habitude prévue à l'art. 433-21 C. pén.

⁵⁶¹ *Supra*, n°98.

⁵⁶² Par exemple, Cass. crim. 24 juill. 1967 : Bull. crim. n°235 : « Le fait de pratiquer à trois reprises, sans ordonnance, sur une même personne, des messages qui auraient dû faire l'objet d'une prescription médicale, caractérise l'élément d'habitude constituant *le* délit ».

n'y a que trois comportements) ne se pose plus dans la mesure où il y a suffisamment de comportements pour que l'un ne soit pas pris en compte au titre de deux infractions d'habitude différentes ; mais la question fondamentale reste la même. Tout acte postérieur au deuxième acte s'ajoute-t-il ainsi aux deux précédents pour former avec eux un tout ou, au contraire, chaque double répétition de l'acte par l'auteur constitue-t-elle une infraction d'habitude distincte ? En d'autres termes, la réalisation du deuxième comportement perfectionne-t-elle l'infraction d'habitude de sorte qu'un troisième comportement marquerait le début de la consommation d'une seconde infraction ? En suivant l'idée selon laquelle l'habitude est un ensemble de comportements répétés sans limite de nombre, il est assez évident que tous les actes postérieurs au deuxième vont s'ajouter aux précédents pour former une unique infraction d'habitude. Cependant, une telle affirmation mérite d'être justifiée de manière théorique.

127. Pluralité de justifications possibles. Plusieurs justifications sont envisageables. D'un point de vue substantiel, aucun argument technique ne semble faire pencher la balance en faveur de l'unité ou la pluralité d'infractions d'habitude⁵⁶³ car, à partir du moment où il y a quatre actes ou un nombre pair supérieur, ils peuvent valablement être regroupés deux par deux et former ainsi des infractions d'habitude distinctes. La raison de l'unité juridique de l'habitude doit donc davantage être recherchée sur un plan procédural. La question de l'unité ou de pluralité d'infractions peut en effet être résolue en recherchant si, en présence de quatre comportements ou plus, il existe une ou plusieurs causes de poursuites. Ainsi, la notion de cause de l'action publique permet de tenir le raisonnement suivant : si tous les faits relèvent de la même cause de poursuite, ils ne formeront qu'une seule infraction d'habitude, et *a contrario*, s'ils ne relèvent pas de la même cause de poursuite, plusieurs infractions d'habitude seront alors en concours. Reste donc à déterminer ce qu'il faut entendre par cause de l'action publique puisque plusieurs conceptions peuvent en être retenues.

128. Conception formelle de la cause de l'action publique. Dans une conception formelle, parce que le fait infractionnel est essentiellement constitué par la violation de la loi qu'il réalise, l'unité ou la pluralité de causes de poursuites que ce fait peut engendrer est

⁵⁶³ Pour rappel, il ne s'agit pas ici de savoir pourquoi, politiquement, les comportements sont traités ensemble, mais comment, techniquement, cela est possible : *supra*, n°122.

déterminée par la loi et ses qualifications⁵⁶⁴. La cause de l'action publique réside alors dans le seul élément légal de l'infraction. Il y a donc autant d'infractions commises qu'il y a de lois pénales violées⁵⁶⁵. Cela voudrait dire qu'un fait matériel unique est susceptible de constituer plusieurs infractions s'il est possible de lui appliquer plusieurs qualifications légales⁵⁶⁶. Transposée à l'infraction d'habitude, cette conception signifie qu'il y aura autant d'infractions que la loi le prévoit. Or, la loi pénale semble imposer elle-même l'existence d'une seule infraction d'habitude⁵⁶⁷. En effet, le texte d'incrimination est généralement rédigé de la manière suivante : « le fait de [...] habituellement est puni de [...] », sans autre précision, ce qui laisse à penser que tous les comportements répondant à la définition du texte d'incrimination ne violent qu'une seule loi et qu'ils ne forment donc qu'une seule infraction d'habitude. La conception formelle de la cause de l'action publique permet donc de justifier le regroupement de tous les actes en une seule infraction d'habitude.

129. Conception matérielle. Dans une conception matérielle, la cause des poursuites tient à la matérialité concrète des faits délictueux. On distingue alors une conception objective et une conception subjective du fait matériel. Premièrement, dans la conception objective, face à une action criminelle, la pluralité ou l'unité des causes de poursuites doit être déterminée en fonction des éléments extériorisés et observables de l'attitude du délinquant, tandis que les considérations relatives à ses dispositions psychologiques deviennent indifférentes⁵⁶⁸. Lorsqu'un seul acte a entraîné un résultat dommageable, il n'y a qu'une cause de poursuite, tandis qu'une pluralité d'actes emporte nécessairement une pluralité de poursuites. Appliquée à l'habitude, cette conception objective implique que tout fait matériel distinct devrait constituer une cause distincte de l'action publique : on pourrait ainsi penser qu'il y a une nouvelle cause de poursuite à chaque double commission. Toutefois, retenir le critère de la double commission reviendrait à déjà prendre en compte les exigences de la

⁵⁶⁴ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°41.

⁵⁶⁵ Idée exprimée par un adage : *tot delicta quod leges lesae* ou *tot crimina quod sunt ordines legis laesi*.

⁵⁶⁶ De ce fait, la distinction entre concours réel et concours idéal est réduite à peau de chagrin. E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, op. cit. p. 256 : « ce n'est pas le nombre d'actes qui détermine le nombre de qualifications applicables mais, tout au contraire, c'est le nombre de qualifications réalisées qui détermine le nombre des actes, entendus comme faits réalisant des concepts juridiques. Dès lors, les choses vues sous cet angle, on ne peut voir aucune différence entre le concours réel et le concours idéal ». Si cette affirmation se comprend du point de vue du nombre d'infractions, elle est en revanche erronée du point de vue du nombre de faits matériels.

⁵⁶⁷ En ce sens : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, op. cit., p. 297, et p. 308.

⁵⁶⁸ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°107.

conception formelle, puisque c'est la loi qui a posé le principe selon lequel l'infraction d'habitude requiert au moins deux actes. Par conséquent, en application de cette conception matérielle objective, chaque commission, c'est-à-dire chaque acte constituerait une nouvelle cause de poursuite. Or, un tel raisonnement est purement et simplement incompatible avec le principe même de l'infraction d'habitude, qui n'est consommée qu'à partir du deuxième acte.

A l'inverse, la conception subjective se désintéresse de la matérialité du fait pour se concentrer sur la psychologie de l'agent. En application de cette conception, un comportement criminel est constitutif d'autant de faits infractionnels qu'il recèle d'intentions différentes dirigées vers des résultats. Cela signifie alors qu'il y a autant de causes de l'action publique que de volontés d'atteindre ce résultat. Or, ce résultat peut s'entendre de deux manières. Il peut s'agir du résultat défini par la loi (subjectivisme légal) ou de la valeur pénalement protégée (subjectivisme sociologique). Mais quelle que soit la définition du résultat envisagée, il est évident que l'auteur d'actes répondant à la définition d'une infraction d'habitude a voulu atteindre le même résultat, qu'il ait commis deux actes ou plus. Par conséquent, quel que soit le nombre de comportements accomplis, ils ne forment, selon cette conception subjective, qu'une seule infraction d'habitude.

130. Critère de l'autonomie du fait. Un auteur, montrant l'insuffisance des précédentes définitions⁵⁶⁹, a proposé un nouveau critère selon lequel « est constitutif d'une cause de poursuite le fait qui est autonome, indépendant des autres faits de la prévention, qui constituent le comportement délictueux »⁵⁷⁰. La cause de l'action publique serait alors le fait qui possède une « apparence infractionnelle autonome, indépendamment de son rapport avec les autres faits qu'une action délictueuse peut receler »⁵⁷¹. En matière d'infraction d'habitude, la cause de l'action publique serait ainsi indéterminée et n'aurait pas de seuil maximal⁵⁷². Les actes qui ne conditionnent pas la consommation de l'infraction d'habitude, c'est-à-dire les actes supplémentaires, sont juridiquement rattachables à cette infraction car ils ne constituent pas une cause de l'action publique dans la mesure où ils ne sont pas autonomes. Par conséquent, cette conception permet également de justifier qu'il n'y a pas une nouvelle

⁵⁶⁹ Ces insuffisances ne sont pas relatives à l'application de la cause de l'action publique à l'infraction d'habitude en particulier.

⁵⁷⁰ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°194.

⁵⁷¹ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°213.

⁵⁷² O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°335.

infraction d'habitude tous les deux actes mais, au contraire, une seule et même infraction quel que soit le nombre d'actes accomplis.

131. Conclusion. En définitive, toutes les conceptions de la cause de l'action publique permettent de justifier le fait que l'infraction d'habitude comprenne un nombre indéterminé de comportements⁵⁷³. Une telle solution donc autorise le regroupement de tous les comportements dans une même entité. En outre, elle permet d'éviter le problème des hypothèses dans lesquelles le nombre de comportements est impair car, si une même personne a commis cinq fois un comportement, ou sept, ou neuf, etc, un comportement restera toujours sans binôme. La conception unitaire de l'habitude conduit ainsi à considérer que tous les comportements supplémentaires, c'est-à-dire ceux qui ne conditionnent pas l'existence de l'infraction d'habitude, en font néanmoins juridiquement partie. Cette affirmation se vérifie d'ailleurs en droit positif.

132. Applications jurisprudentielles. En présence de quatre comportements ou plus, la jurisprudence retient toujours une seule infraction d'habitude et non plusieurs. Dans la majorité des arrêts, le principe n'est pas explicitement posé mais lorsque les juges du fond ont retenu l'existence d'une seule infraction d'habitude, la chambre criminelle de la Cour de cassation approuve les motifs retenus. Par exemple, en matière d'exercice illégal de la profession de banquier, elle considère qu'en relevant qu'en plusieurs années, trois ou quatre prêts avaient été consentis, les juges du fond ont « suffisamment caractérisé l'habitude exigée par la loi »⁵⁷⁴. L'auteur n'est ainsi poursuivi et condamné que pour une seule infraction lorsqu'il a accompli six opérations bancaires⁵⁷⁵, ou même cent soixante douze⁵⁷⁶. La solution est identique en matière d'exercice illégal de la médecine : la personne qui effectuait des actes de chiropractie sans en avoir les diplômes sur trente à quarante cinq personnes par semaine pendant de nombreuses années, c'est-à-dire finalement sur des centaines de personnes, n'est coupable que d'une seule infraction⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Sauf la conception matérielle objective mais en raison de son incompatibilité avec l'infraction d'habitude : *supra*, n°129.

⁵⁷⁴ Cass. crim. 13 mai 1996 : inédit, pourvoi n°95-83602.

⁵⁷⁵ Cass. crim. 18 janv. 2000 : inédit, pourvoi n°99-82589.

⁵⁷⁶ Solution implicite dans un arrêt relatif à la complicité de ce délit : Cass. crim. 4 oct. 2000 : inédit, pourvoi n°99-86267.

⁵⁷⁷ Cass. crim. 15 mars 1990 : inédit, pourvoi n°87-82456.

En conclusion, lorsque la loi incrimine un comportement commis à titre habituel, tous les actes accomplis par le même auteur et répondant à la définition du texte sont regroupés au sein d'un seul ensemble : l'infraction d'habitude. En d'autres termes, tous les comportements non punissables isolément, qu'ils soient deux ou dix, s'additionnent pour former une entité autonome. Cette logique, participant de la définition de l'habitude pénale, se retrouve alors pour les ensembles formés de comportements punissables.

§ 2 : L'ensemble formé de comportements punissables

133. Punissabilité et punition effective. La répétition de comportements punissables constitue de loin l'hypothèse la plus fréquente en droit pénal et consiste tout simplement en la répétition d'infractions. En droit positif, quatre institutions correspondent à cette hypothèse : le concours réel classique, le concours homogène aggravant, la récidive et la réitération. L'idée selon laquelle toutes les infractions pénales répétées font partie d'un ensemble unique ne peut toutefois se traduire de la même manière selon qu'elles ont déjà été punies (B) ou non (A).

A. L'ensemble formé d'infractions non punies

134. Concours réel général. Si l'on peut déduire de manière certaine de l'article 132-2 du Code pénal que deux infractions suffisent à constituer un état de concours réel⁵⁷⁸, on ne peut en revanche pas en déduire que le domaine du concours réel est restreint à deux infractions. En effet, il est tout à fait envisageable qu'une personne – particulièrement douée dans la dissimulation de ses infractions et/ou dans le fait d'échapper aux autorités judiciaires – ait commis plus de deux infractions. Tant que ces infractions ne sont pas trop éloignées dans le temps l'une de l'autre⁵⁷⁹, elles peuvent constituer un concours réel. Cependant, ici aussi, la règle *ne bis in idem* interdit de prendre en compte la deuxième infraction à la fois au titre d'un premier concours réel et au titre d'un second. En outre, il n'y aurait aucun intérêt à envisager l'existence de deux concours réels puisque cette institution a précisément comme vocation de regrouper en son sein toutes les infractions commises par le même agent (qui ne correspondent ni à un état de récidive, ni à un état de réitération) afin de leur faire produire

⁵⁷⁸ *Supra*, n°98.

⁵⁷⁹ *Infra*, n°222.

des effets particuliers quant à la peine encourue⁵⁸⁰. Le concours réel implique donc « plusieurs » infractions, quel que soit leur nombre⁵⁸¹. Le raisonnement semble transposable à l'hypothèse où le droit pénal sanctionne d'une peine aggravée la commission habituelle d'une infraction car il s'agit d'un cas particulier de concours réel⁵⁸².

135. Concours homogène aggravant. Il a déjà été démontré que le concours homogène aggravant implique au moins deux infractions⁵⁸³. Si une troisième infraction identique⁵⁸⁴ est commise par la même personne, sans qu'elle ait été irrévocablement condamnée pour l'une d'entre elles⁵⁸⁵, se pose la question suivante : la troisième infraction est-elle juridiquement rattachable aux deux autres afin de ne former qu'une seule et même habitude ou bien consomme-t-elle une seconde habitude dont le premier comportement serait constitué par une des deux infractions précédentes ? Ici encore, la réponse semble assez logique au regard de la définition de l'habitude pénale retenue : le concours d'infractions peut comprendre une infinité d'infractions sans que l'analogie des infractions répétées n'apporte de solution originale par rapport au concours réel général. Dans le cas où l'agent a commis trois infractions identiques⁵⁸⁶, la même explication qu'en matière d'infraction d'habitude⁵⁸⁷ peut être ainsi proposée, la règle *ne bis in idem* interdisant de punir plusieurs fois le même fait. La même infraction (en l'occurrence la deuxième), ne peut en effet pas être prise en compte à la fois pour un premier concours et pour un second concours. Les trois infractions forment donc une seule et même habitude.

La jurisprudence confirme d'ailleurs cette unité juridique de l'habitude en retenant, par exemple, une seule infraction de contrefaçon habituelle à l'égard de personnes ayant commis trois infractions de contrefaçon⁵⁸⁸. Cette dénomination ne semble pourtant pas opportune car elle suggère que les trois infractions se fondent en une seule. En réalité, chacune des

⁵⁸⁰ *Infra*, n°435 et s.

⁵⁸¹ Egalement en ce sens : P. BONFILS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°37.

⁵⁸² *Supra*, n°63.

⁵⁸³ *Supra*, n°116.

⁵⁸⁴ Sur la condition d'identité des infractions dans la circonstance aggravante d'habitude, v. *infra*, n°158.

⁵⁸⁵ Dans le cas contraire, il s'agira d'un cas de récidive ou de réitération.

⁵⁸⁶ Sur la condition d'analogie entre les infractions commises, v. *infra*, n°158 et s.

⁵⁸⁷ *Supra*, n°124.

⁵⁸⁸ Cass. crim. 5 déc. 1991, préc. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce un attendu du principe selon lequel « la circonstance aggravante d'habitude [...] est constituée dès lors qu'ont été commis deux actes au moins de contrefaçon » (*supra*, note de bas de page n°542). Puis elle casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait qualifié la contrefaçon de simple : « attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait des propres constatations de la cour d'appel que le prévenu avait, à trois reprises, édité un ouvrage contrefaisant, ce dont il résultait que le délit avait été commis habituellement ».

infractions conserve son individualité juridique, seule la peine leur est commune et aggravée par l'habitude⁵⁸⁹.

Cette idée devrait également s'appliquer lorsque quatre infractions ou plus ont été commises puisque ce cas particulier de concours réel ne présente, de ce point de vue, aucune spécificité par rapport au concours réel général. Au demeurant, la jurisprudence ne retient toujours qu'une infraction aggravée par l'habitude, par exemple des violences habituelles sur personnes vulnérables⁵⁹⁰ ou un recel habituel⁵⁹¹.

Lorsque plus de deux comportements sont répétés, le principe est ainsi celui de l'unité juridique de l'habitude : quel que soit le nombre de comportements, ils seront regroupés au sein d'une même habitude. Toutefois, lorsqu'une condamnation pénale sépare les comportements, comme c'est le cas en matière de récidive et de réitération, l'unité est moins évidente. En effet, l'intervention du juge entre chaque infraction semble cloisonner les différentes récidives et réitérations, ce qui justifie l'étude distincte de ces hypothèses particulières.

B. Les comportements punis

136. Influence de la condamnation pénale. Récidive et réitération ont pour point commun de requérir pour leur constitution, une condamnation pénale entre la première et la deuxième infraction réalisées⁵⁹². Or, l'existence de cette condamnation, si elle ne fait pas obstacle à la possibilité de commettre plus de deux infractions, semble instaurer une césure, du fait que toutes les infractions commises ne peuvent être jugées ensemble puisque, par définition, certaines d'entre elles l'ont déjà été. Dès lors, il est plus difficile d'admettre que tous les comportements peuvent être regroupés au sein d'une même habitude même si certains ont déjà été punis. Cette situation doit donc être examinée plus précisément qu'il s'agisse de la multirécidive (1) comme de la « multiréitération »⁵⁹³ (2).

⁵⁸⁹ *Infra*, n°448.

⁵⁹⁰ Cass. crim. 7 oct. 2003, inédit, pourvoi n°03-84350. Ici, le pluriel du terme « violences » ne fait pas référence à la pluralité d'infractions de violences, mais se justifie par la définition de l'infraction qui est toujours désignée ainsi.

⁵⁹¹ Cass. crim. 3 nov. 1999 : inédit, pourvoi n°98-86620.

⁵⁹² *Infra*, n°239 et s.

⁵⁹³ Cette expression n'a jamais été employée mais ce néologisme sert à désigner l'hypothèse de plusieurs réitérations successives.

1. La multirécidive

137. Loi du 10 août 2007. Le Code pénal prévoit que la récidive légale est constituée dès lors que deux infractions ont été commises et qu'elles sont séparées par une condamnation, entre autres conditions. Or, il est tout à fait possible que l'auteur commette postérieurement d'autres infractions, et soit à nouveau condamné pour celles-ci. Si les conditions de la multirécidive sont réunies, existe-t-il alors une seule ou plusieurs habitudes, une seule ou plusieurs récidives ? La loi du 10 août 2007⁵⁹⁴ répond partiellement à ces interrogations, en prévoyant explicitement le cas de la pluralité de récidives. Cette hypothèse, qui fait l'objet d'appellations variables (« nouvelle récidive », « seconde récidive »⁵⁹⁵, ou plus largement « multirécidive »⁵⁹⁶), est régie par les articles 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal.

138. Absence d'atteinte au principe *ne bis in idem*. Dans la récidive, le schéma infractionnel est particulier et rend les remarques formulées à propos de la compatibilité entre trois comportements et le principe *ne bis in idem*⁵⁹⁷ inapplicables en l'espèce. La constitution de la récidive implique en effet la présence de deux infractions séparées par une condamnation. Si l'on s'interroge sur l'existence d'une seconde récidive, il n'est alors pas nécessaire de « remettre les compteurs à zéro », et d'exiger deux nouvelles infractions, remplissant à nouveau les conditions de la récidive légale. En effet, il est possible de prendre en compte la deuxième infraction au titre du premier terme de la nouvelle récidive. Plus généralement, quel que soit le nombre d'infractions commises, l'avant-dernière infraction sera toujours prise en compte non seulement en tant que second terme de l'avant-dernière récidive mais également en tant que premier terme de la dernière récidive. En quoi est-ce alors différent des hypothèses précédemment étudiées ? Et pourquoi n'y a-t-il pas atteinte au principe *ne bis in idem* ? En réalité, le droit pénal ne sanctionne pas ici deux fois la personne pour la même infraction mais tient simplement compte du passé pénal de l'auteur. A vrai dire,

⁵⁹⁴ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

⁵⁹⁵ J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes. Commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les « peines planchers » », *D.* 2007, p. 2247 ; J.-H. ROBERT, « Le plancher et le thérapeute, Commentaire de la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *Dr. pén.* 2007, étude 20, n°6 ; D. THOMAS, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, préc., n°2.

⁵⁹⁶ J.-F. SEUVIC, « La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs ou les récidives du législateur », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 116.

⁵⁹⁷ *Supra*, n°124.

en matière de multirécidive, l'argument est encore plus convaincant : l'aggravation de peine encourue pour la dernière infraction est justifiée par la pluralité de condamnations, et pas vraiment par la pluralité d'infractions⁵⁹⁸.

139. Pluralité de récidives et unité d'habitude. Chaque condamnation crée en effet une césure et donne naissance à une récidive distincte. Cette pluralité de récidives est inévitable étant donné l'intervention judiciaire. La première récidive ayant été constatée par un juge, si la personne commet une troisième infraction en état de récidive, le juge peut rétrospectivement prendre en compte la deuxième infraction mais se trouve confronté à une récidive distincte de la première. Pour autant, d'un point de vue purement théorique, toutes les infractions – déjà punies ou non – peuvent encore être regroupées au sein d'une entité unique, qui produira des effets spécifiques⁵⁹⁹. La question sera alors de savoir pourquoi procéder à un tel assemblage mais relève plutôt des liens qui unissent les différents comportements⁶⁰⁰. En résumé, au-delà de la pluralité de récidives, toutes les infractions répétées peuvent malgré tout faire partie du même ensemble juridique. La même remarque peut être formulée en matière de multiréitération.

2. La multiréitération

140. Problématique. La multiréitération, ou pluralité de réitérations successives, n'est pas prévue par la loi pénale, ce qui n'empêche pas de se demander si elle envisageable. Il y a réitération lorsqu'une personne commet une infraction après avoir été condamnée pour une autre infraction, sans que l'état de récidive soit constitué⁶⁰¹, autrement dit, lorsque la condition de délai ou de spécialité fait défaut. La réitération est en quelque sorte définie *a contrario* de la récidive, par des conditions « négatives », même si elles partagent l'exigence d'une condamnation. Par conséquent, si toutes les infractions constitutives d'une multirécidive peuvent faire partie du même ensemble, on devra admettre, pour les mêmes raisons, que c'est aussi le cas lorsque les infractions répétées forment une multiréitération.

⁵⁹⁸ *Infra*, n°513 et s.

⁵⁹⁹ Ce regroupement sert principalement à doter l'ensemble de sanctions particulières : *infra*, n°420 et s.

⁶⁰⁰ *Infra*, n°142 et s.

⁶⁰¹ Art. 132-16-7 C. pén. V. *supra*, n°95.

141. Conclusion de la Section 2. L'habitude pénale étant envisagée comme un ensemble de comportements, il n'a pas semblé opportun de la limiter à deux comportements. Les comportements supplémentaires doivent en effet faire partie de la même entité juridique que ceux qui conditionnent son existence. Cette affirmation se vérifie en droit positif. S'agissant tout d'abord des comportements non punissables isolément, ils ne forment ainsi qu'une seule infraction d'habitude, quel que soit leur nombre, car ils ne constituent pas une cause de poursuite autonome. S'agissant ensuite des comportements punissables isolément, le droit pénal les appréhende également dans une entité unique, qu'ils soient deux ou dix, mais différemment selon que ces infractions ont déjà fait, ou pas, l'objet de sanction. Le cas où les infractions n'ont pas encore été punies ne pose pas de problème. En effet, le concours réel (et le concours homogène aggravant qui n'en constitue qu'un cas particulier) se définissant précisément comme la situation dans laquelle une personne a commis plusieurs infractions sans avoir été condamnée entre temps, le droit pénal appréhende les infractions ensemble pour régler le concours. En revanche, lorsque certaines infractions ont déjà été punies, comme en matière de récidive et de réitération, la commission de comportements supplémentaires crée, du moins en apparence, une césure entre les différentes récidives ou réitérations. Cela étant, le concept d'habitude sert précisément à regrouper les comportements répétés, ce dont on peut conclure que même en cas de multirécidive ou multiréitération, toutes les infractions font juridiquement partie de la même habitude pénale.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le nombre de comportements répétés joue donc un rôle capital dans la définition de l'habitude pénale. Il fallait alors déterminer le nombre minimal et maximal de comportements. En tant qu'ensemble, l'habitude doit évidemment tout d'abord comprendre au moins deux comportements. Mais si la logique impose ce minimum, le droit pénal aurait pu fixer un nombre supérieur ; cela n'est pas le cas, puisqu'il se contente de deux comportements. En effet, deux comportements suffisent pour former une infraction d'habitude, une récidive, une réitération ou encore un concours réel. Corrélativement, pour que la notion d'habitude juridique soit satisfaisante, il nous a semblé que le juge n'avait pas à apprécier au cas par cas si l'habitude était constituée car cela remettrait en cause cette règle de suffisance et reviendrait en réalité à s'interroger sur l'habitude criminelle contractée ou non par l'agent. Une telle appréciation, plus criminologique que juridique, serait trop aléatoire et donc contraire aux principes cardinaux du droit pénal.

Après avoir précisé le nombre minimal de comportements, il fallait ensuite se demander si l'habitude pouvait en comprendre davantage. Pour que la notion d'habitude ait une véritable utilité, elle devait nécessairement pouvoir comprendre une infinité de comportements. Se posait alors la question de savoir si tous ces comportements pouvaient raisonnablement faire partie de la même entité juridique ou s'il n'était pas plus logique d'admettre qu'une nouvelle habitude se forme tous les deux actes. Il s'agissait moins de déterminer pourquoi les comportements étaient réunis au sein d'une entité unique que s'il était techniquement possible de les assembler, et comment. Pour les comportements non punissables isolément, il a été démontré qu'ils devaient nécessairement être réunis au sein d'une seule infraction d'habitude en ce qu'ils ne constituaient pas une cause autonome de l'action publique. Pour les comportements punissables isolément, la question a soulevé plus d'hésitations mais, finalement, il est apparu que c'est la vocation même de l'habitude que de réunir plusieurs comportements en son sein, quel que soit leur nombre, pour pouvoir ensuite faire produire à l'ensemble des effets particuliers.

CONCLUSION DU TITRE 1

Affirmer que les comportements répétés étaient des éléments constitutifs de l'habitude nous invitait à préciser successivement la nature de ces comportements et leur nombre. Partant de l'idée selon laquelle l'habitude est moins un contenu qu'un contenant regroupant plusieurs comportements, il a semblé opportun de considérer que la nature des comportements devait rester indifférente. Ainsi, le domaine de l'habitude peut comprendre aussi bien des comportements licites qu'illicites, intentionnels comme non intentionnels, etc. Même si la nature des comportements permet évidemment de distinguer les différentes institutions entre elles, elle ne peut définir l'habitude.

Il fallait donc, en second lieu, préciser le nombre de comportements constitutifs de l'habitude. S'agissant de la limite inférieure, l'habitude est constituée dès que deux comportements ont été réalisés, ce qui ne laisse aucune marge d'appréciation au juge. Cela ne veut pas dire pour autant que l'habitude se limite à deux comportements : au contraire, c'est un ensemble qui n'a pas de limite supérieure et peut comprendre une infinité de comportements. Il est vrai que ces comportements supplémentaires posent des problèmes de comptabilisation, car on peut être tenté de considérer qu'il y a une nouvelle habitude tous les deux actes. Cependant, l'habitude a au contraire vocation à regrouper tous les comportements en un seul et même ensemble. Si l'on a pu voir comment l'habitude pouvait regrouper en son sein les comportements répétés, il reste à savoir pourquoi, c'est-à-dire s'interroger sur le fondement de l'union des comportements. Ce fondement n'est autre que le lien qui existe entre les comportements et qui, constituant l'autre condition d'existence de l'habitude pénale, participe aussi de la construction de la notion.

TITRE 2 : LE LIEN ENTRE LES COMPORTEMENTS, ELEMENT QUALIFIANT DE L'HABITUDE PENALE

142. Importance du lien. Les comportements répétés ne peuvent former une habitude pénale que s'ils sont unis par un certain lien. Ce lien juridique ne se retrouvant dans aucune autre répétition de comportements, il est unique, et il est alors possible de l'analyser comme l'élément *qualifiant* de l'habitude. La notion d'élément qualifiant, peu utilisée en doctrine⁶⁰², renvoie en principe à l'élément constitutif d'une infraction qui contient son fondement. Ici, le lien unissant les comportements est donc l'élément qualifiant de l'habitude pénale parce qu'il en est l'élément discriminant⁶⁰³. La détermination de la nature de ce lien est donc décisive.

143. Démarche retenue. Le lien le plus évident entre les comportements est l'identité de leur auteur, mais le seul fait que les actes aient été accomplis par la même personne ne suffit pas forcément à justifier une intervention particulière de la loi pénale. Si l'identité d'auteur est donc le point de départ de l'habitude⁶⁰⁴, celle-ci est toutefois fondée sur des liens plus profonds entre les comportements. Dans l'absolu, une multitude de liens de droit, d'« accrochage[s] juridique[s] entre une entité et une autre »⁶⁰⁵ est susceptible d'unir plusieurs comportements : lien spatial, lien temporel, lien de causalité, lien subjectif, etc. Le droit pénal doit donc choisir, parmi tous les liens possibles, lequel (ou lesquels) justifie que les

⁶⁰² Le premier auteur à avoir utilisé cette formule est le professeur P. CONTE (*L'apparence en matière pénale*, Thèse Grenoble, 1984, n°888 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°338), à propos de la tentative. L'expression a ensuite été reprise (V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, *op. cit.*, n°150 et s.). Aujourd'hui, elle est utilisée de manière plus générale : v. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, *op. cit.*, n°131 et s. ; R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2011, p. 561 ; M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, *op. cit.*, n°104 et s. ; J.-C. SAINT-PAU, note sous Cass. crim. 27 oct. 2004, Cass. 1^{ère} civ. 8 mars 2005 et Cass. com. 8 févr. 2005 : *RPDP* 2005, p. 429 ; note sous Cass. crim. 14 févr. 2006 : *D.* 2007, p. 1184 ; note sous Cass. crim. 24 mai 2005 : *RPDP* 2006 p. 143 ; note sous Cass. crim. 16 juin 2009 : *RPDP* 2009, p. 853.

⁶⁰³ Si la notion d'élément qualifiant n'est généralement employée qu'à propos d'une infraction, rien ne semble faire obstacle à ce qu'elle soit utilisée pour désigner l'élément spécifiant d'un ensemble, même si ce dernier ne constitue pas forcément une infraction *stricto sensu*.

⁶⁰⁴ Si dans la grande majorité des cas, l'identité d'auteur ne suscite aucune difficulté, il arrive parfois que cette condition soit difficile à vérifier. C'est notamment le cas en présence d'une personne morale. En effet, les personnes morales ont ceci de particulier qu'elles peuvent disparaître pour échapper à la sanction. Ce risque de « fraude » est encore plus réel lorsqu'elles encourent une sanction aggravée, comme par exemple en matière de récidive. Dans ce cas, la nouvelle personne morale n'est pas l'auteur de l'infraction qui a fait l'objet de la condamnation, et si elle commet une infraction, celle-ci ne peut pas constituer le second terme. La Cour de cassation a jugé que la société absorbante, dans le cadre d'une absorption-fusion, ne pouvait pas être tenue pour pénalement responsable de la faute pénale commise par la société absorbée, laquelle avait disparu (Cass. crim. 20 juin 2000 : Bull. crim. n°237, *D. affaires* 2001, p. 853, note H. MATSOPOULOU ; 14 oct. 2003 : Bull. crim. n°189 ; *RSC* 2004, p. 339, obs. E. FORTIS).

⁶⁰⁵ E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455, n°3.

comportements bénéficient d'un traitement juridique particulier en étant regroupés au sein d'un ensemble unique : l'habitude. Compte tenu de la fonction du droit pénal, il est ainsi évident que la définition de l'habitude est guidée par un objectif répressif. Par conséquent, la définition de ce lien doit être suffisamment large pour être applicable ; en effet, si l'on retenait une définition trop restrictive, peu d'institutions pourraient y répondre, et la notion d'habitude n'aurait qu'un intérêt limité. Mais tenir le raisonnement inverse serait tout aussi excessif : il ne serait pas non plus opportun de définir ces liens de manière trop large ou trop floue car cela pourrait conduire à faire de certains paramètres non juridiques des critères de l'habitude, ce qui n'est pas souhaitable dans la mesure où cela reviendrait à en faire une notion fonctionnelle⁶⁰⁶. Il faut donc trouver un juste milieu, et faire en sorte que l'élément qualifiant de l'habitude pénale soit légitime.

144. Pluralité de liens. Les liens de droit existant peuvent être classés en deux catégories, selon leur nature substantielle ou procédurale. Or, il apparaît que le lien unissant les comportements répétés pour former une habitude est de nature substantielle, c'est-à-dire un lien abstrait qui n'a pas besoin d'être mis en œuvre au cours d'un procès pénal pour exister. En effet, l'habitude repose systématiquement sur un lien substantiel, à la fois lien d'analogie et un lien temporel. Ce lien étant commun à toutes les institutions d'habitude pénale, il constitue donc une condition générale de l'habitude. En outre, la récidive et la réitération ont comme spécificité de requérir une condamnation entre les deux infractions. Ce lien procédural entre les infractions constitue alors une condition particulière de ces deux habitudes pénales. Ce particularisme ne constitue pas un obstacle à l'unité de la notion d'habitude mais marque simplement l'existence de plusieurs catégories d'habitude avec leurs spécificités.

145. Plan du Titre II. Ainsi, le lien substantiel unissant les comportements est une condition générale de l'habitude pénale (Chapitre 1) tandis que le lien procédural en constitue une condition particulière (Chapitre 2).

⁶⁰⁶ *Supra*, n°32.

Chapitre 1 : Le lien substantiel, condition générale de l'habitude pénale

146. Lien qualitatif et lien temporel. L'union des comportements au sein de l'habitude repose sur un lien substantiel entre les comportements. En d'autres termes, le droit pénal regroupe les comportements au sein d'un même ensemble car, politiquement, ce lien justifie qu'ils soient absorbés pour donner naissance à une nouvelle entité : l'habitude. Ce lien comprend en réalité deux aspects complémentaires. D'une part, c'est un lien qualitatif, un rapport non quantifiable reposant sur les caractéristiques des comportements. D'autre part, c'est un lien temporel au sens où la dépendance entre les comportements peut se mesurer objectivement, de manière temporelle. Ces deux caractéristiques se retrouvent globalement en droit positif dans chaque institution, de manière plus ou moins prononcée.

147. Plan du Chapitre 2. Ainsi, les comportements répétés ne méritent d'être traités ensemble par le droit pénal que s'ils sont unis à la fois par un lien qualitatif (Section 1) et temporel (Section 2).

Section 1 : Un lien qualitatif

148. Analogie et causalité. D'abord, les comportements répétés sont traités ensemble parce qu'ils sont analogues. Identiques ou similaires, ils partagent la même qualification juridique, de sorte que la persévérance de l'auteur dans l'accomplissement de tels comportements mérite un traitement particulier. En ce qu'elle s'analyse comme « la multiplicité d'atteintes au même bien juridique »⁶⁰⁷, l'habitude requiert nécessairement une analogie entre les comportements. Sans cette analogie, l'habitude ne serait en effet qu'une banale répétition de comportements. Cette condition fondamentale constitue donc l'essence même de la notion d'habitude pénale. En droit positif, cette exigence se vérifie d'ailleurs dans la majorité des institutions, mais pas toujours avec la même intensité ; aussi, certaines propositions pourront être formulées pour remédier à ces différences. La dépendance qualitative entre les comportements se traduit donc par une condition d'analogie. Pour former

⁶⁰⁷ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. des thèses (fondation Varenne), vol. 39, 2010, n°283.

une habitude, le droit pénal doit exiger que les comportements soient qualitativement similaires. Le lien d'analogie est donc une condition positive. Mais au stade de l'étude du lien qualitatif unissant les comportements, il convient également de préciser que certains liens excluent l'habitude. C'est le cas lorsque les comportements sont unis par un lien de causalité, autrement dit lorsque le deuxième acte est la conséquence du premier. L'habitude requiert ainsi une condition négative : l'absence de causalité entre les comportements. En résumé, le fondement de l'addition des comportements répétés réside dans le lien d'analogie qui les lie (§ 1) mais non dans le lien de causalité de l'un à l'autre (§ 2).

§ 1 : L'existence d'un lien d'analogie entre les comportements

149. Modalités de l'analogie. Exiger un lien d'analogie entre les comportements répétés implique qu'ils doivent être similaires, et la vérification de cette condition impose d'analyser leur nature. Pourtant, même si la distinction entre la nature des comportements répétés et l'exigence d'une analogie est quelque peu abstraite, elle doit être respectée. Pour la comprendre, il suffit de se rappeler que l'habitude ne requiert pas en tant que telle la commission d'un comportement en particulier⁶⁰⁸. L'habitude existera en revanche dès que le deuxième comportement est analogue au premier. Par exemple, il ne s'agit pas de savoir si l'habitude requiert un meurtre ou un vol, mais simplement de vérifier que si le premier comportement est un meurtre, le second l'est aussi. Schématiquement, cela revient à dissocier les comportements en eux-mêmes du lien qui les unit : peu importe leur nature du moment qu'ils sont analogues. Ainsi, l'habitude requiert en principe une analogie de qualification entre les comportements. Or, pour des raisons d'opportunité, le législateur a parfois choisi de réprimer des comportements non analogues dans leur qualification mais analogues par leur gravité, en matière de récidive. De ce fait, l'analogie tenant la gravité des comportements (B) vient compléter l'analogie quant à la nature des comportements (A).

A. L'analogie tenant à la qualification des comportements

150. Intensité de l'analogie. Si l'analogie entre les comportements justifie que les comportements répétés soient appréhendés dans leur globalité, elle ne peut pas toujours se

⁶⁰⁸ *Supra*, n°38 et s.

manifeste de la même manière, en raison des nécessaires particularités de chaque institution. L'analogie n'a donc pas la même intensité selon l'habitude concernée : elle est parfois absolue (1), parfois relative (2).

1. L'analogie absolue

151. Domaine de l'analogie absolue. Lorsque la condition d'analogie entre les comportements est exigée de manière absolue, elle peut avoir deux significations. D'abord, l'analogie peut être matérielle, c'est-à-dire que les actes accomplis doivent être matériellement identiques. Ensuite, il peut s'agir d'une analogie juridique, auquel cas les comportements doivent avoir la même qualification juridique. La première possibilité doit être rejetée car le droit pénal raisonne en termes de faits juridiquement qualifiés, et non de faits matériels. Par conséquent, c'est la qualification juridique du comportement qui doit être la même et il n'est pas nécessaire que, matériellement, l'acte commis soit strictement identique. L'habitude requiert alors une identité de qualifications : c'est le cas pour toutes les habitudes formelles⁶⁰⁹ (a) et certains cas de récidive spéciale (b). Par ailleurs, il est intéressant de noter que cette condition d'analogie n'est pas propre à l'habitude pénale mais se retrouve également dans des institutions comparables, certes posées en dehors du droit pénal mais qui n'en pourront pas moins éclairer cette notion d'analogie (c).

a) L'analogie absolue dans les habitudes formelles

152. Analogie évidente liée à la mention expresse de l'habitude. Dans les habitudes formelles, le texte décrit un comportement et précise qu'il doit être commis à titre habituel, par exemple, un exercice illégal de profession, ou encore un recel, commis habituellement. On en déduit donc aisément que les faits juridiquement qualifiés doivent être strictement identiques, ils doivent répondre à la définition donnée par le texte d'incrimination, et revêtir ainsi la même qualification juridique. Si les habitudes formelles partagent cette caractéristique, il n'en demeure pas moins qu'elles rencontrent chacune des obstacles particuliers, raison pour laquelle on les envisagera séparément : d'abord l'infraction d'habitude (α) puis le concours réel homogène (β).

⁶⁰⁹ Pour rappel, il s'agit des habitudes pour lesquelles le législateur a expressément utilisé le terme « habitude » ou l'un de ses dérivés (*supra*, n°12) : il s'agit de l'infraction d'habitude et du concours réel homogène.

a) L'infraction d'habitude

153. Analogie matérielle et analogie juridique. Pour qu'une infraction d'habitude soit constituée, il faut que les comportements répétés répondent à la même qualification, c'est-à-dire à la définition donnée par le texte d'incrimination : exercice illégal de la médecine⁶¹⁰, célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable⁶¹¹, consultation d'une image ou représentation pornographique d'un mineur⁶¹², etc. Peu importe que les actes soient matériellement différents. Ce sera notamment le cas lorsque le texte incriminant des infractions d'habitude ne précise pas les moyens employés. Par exemple, pour la consultation habituelle en ligne d'images de mineurs à caractère pornographique, l'article 227-23 alinéa 5 incrimine le fait de consulter ces images « par quelque moyen que ce soit ». De même, la tolérance habituelle de la prostitution n'est pas définie et peut donc être réalisée par des actes positifs ou d'abstentions⁶¹³.

Les actes matériels risquent également d'être différents lorsque le texte d'incrimination procède à une énumération des actes. Par exemple, l'article L. 4161-2 1° du Code de la santé publique dispose qu'exerce illégalement l'art dentaire toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à la pratique de l'art dentaire par consultation, acte personnel ou tous autres procédés, quels qu'ils soient, notamment prothétiques, sans diplôme ou autorisation. Or, l'article L. 4141-1 du même Code précise que la pratique de l'art dentaire comporte la prévention, le diagnostic et le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées, de la bouche et des dents, des maxillaires et des tissus attenants, dans le respect de la déontologie. Il se peut donc qu'une personne qui n'est pas dentiste soit coupable de l'infraction d'exercice illégal de l'art dentaire alors qu'elle a procédé à un diagnostic sur les dents d'un patient, puis au traitement d'une infection de la bouche sur une autre personne⁶¹⁴ car ces actes matériellement différents répondent à la même qualification juridique.

154. Comparaison avec les infractions à l'élément matériel réitéré. L'identité de qualifications des comportements répétés permet d'identifier l'infraction d'habitude parmi les

⁶¹⁰ Art. L. 4161-1 C. santé publ.

⁶¹¹ Art. 433-21 C. pén.

⁶¹² Art. 227-23 al. 5 C. pén.

⁶¹³ *Supra*, n°75.

⁶¹⁴ Il peut également s'agir de la même « victime » : *infra*, n°155.

infractions complexes⁶¹⁵. En revanche, permet-elle de distinguer l'infraction d'habitude des infractions à l'élément matériel réitéré ?

Certaines infractions requièrent en effet, pour leur constitution, la répétition d'actes sans que le texte d'incrimination ne mentionne expressément la condition d' « habitude »⁶¹⁶. On peut alors se demander si elles requièrent des actes analogues. Malgré l'absence de référence à l' « habitude », les incriminations sont en effet rédigées de la même manière que pour les infractions d'habitude *stricto sensu* : le législateur incrimine, par exemple, les appels téléphoniques malveillants réitérés⁶¹⁷ ou encore la menace (non matérialisée) réitérée de commettre une infraction⁶¹⁸. Cela semble donc indiquer que l'auteur doit avoir accompli plusieurs actes identiques. A cet égard, la distinction entre analogie matérielle et analogie juridique a une importance fondamentale. En effet, même si les actes matériels sont différents, ils auront la même qualification juridique. Par exemple, si une personne effectue un appel téléphonique malveillant, puis adresse à la même personne un SMS de même nature⁶¹⁹, elle se rend coupable de l'infraction d'appels téléphoniques malveillants réitérés alors que matériellement les actes sont de nature différente.

Cela vaut également lorsque le texte d'incrimination définit les actes uniquement par les effets qu'ils produisent. Ainsi, par exemple, l'article 222-33-2 du Code pénal réprimant le harcèlement moral, incrimine « 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 »⁶²⁰. Par conséquent, les actes ne sont pas définis en tant que tels,

⁶¹⁵ « L'infraction d'habitude se distingue par la similitude des actes de l'infraction complexe, dans laquelle les actes sont de nature différente » (A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, op. cit., n°336). V. aussi P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°209 et Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°173.

⁶¹⁶ *Supra*, n°110 et s.

⁶¹⁷ Art. 222-16 C. pén.

⁶¹⁸ Art. 222-17 C. pén.

⁶¹⁹ Puisque la jurisprudence considère que l'infraction est consommée « dès lors que la réception d'un SMS se manifeste par l'émission d'un signal sonore par le téléphone portable de son destinataire » (Cass. crim. 30 sept. 2009 : pourvoi n°09-80373 : *RPDP* 2009, p. 832, obs. P. BONFILS ; *RPDP* 2010, p. 899, note V. MALABAT ; *AJ pénal* 2010, p. 34, obs. G. ROYER ; *JCP G* 2009, p. 587, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. pén.* 2009, comm. 147, obs. M. VERON ; *Comm. com. élec.* 2009, comm. 115, note A. LEPAGE ; *RSC* 2009, p. 838, note Y. MAYAUD ; *D.* 2009, p. 2687, obs. K. GACHI.

⁶²⁰ V. également art. L. 1152-1 C. trav. : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses 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 ». Sur le nombre de comportements requis dans cette infraction : v. *supra*, n°110.

mais seulement par leur résultat⁶²¹. Il s'agit donc en quelque sorte d'une définition « fonctionnelle » des actes⁶²². Peu importe qu'ils soient matériellement identiques car ils sont considérés comme juridiquement identiques dès lors qu'ils ont pour objet ou effet de dégrader les conditions de travail⁶²³. La jurisprudence admet ainsi que l'addition de plusieurs actes différents peut suffire⁶²⁴, à condition bien sûr qu'ils soient dirigés vers le même résultat. Autrement dit, les actes seront juridiquement identiques s'ils ont le même objet ou le même effet. Le texte requiert ainsi des actes insistants, toujours du même auteur à l'encontre de la même victime⁶²⁵, mais sans que ces actes aient besoin d'être identiques⁶²⁶. Il peut s'agir d'actes matériellement identiques comme des paroles désobligeantes⁶²⁷ mais ce n'est en rien une condition posée par le texte⁶²⁸. En l'absence de précision sur la nature des actes exigés, le texte semble autoriser, comme constitutif de la répétition prévue, aussi bien le renouvellement d'un agissement identique au premier que l'ajout à celui-ci d'un agissement de nature différente⁶²⁹. Par exemple, dans une affaire de harcèlement d'un maire contre une secrétaire de mairie, il était reproché au premier plusieurs actes de nature différente : tarder à mettre en œuvre les mesures relatives à la réduction du temps de travail, empêcher l'intéressée d'accéder librement au lieu de travail en changeant les serrures, avoir changé le mot de passe de son ordinateur, lui avoir adressé devant témoin des reproches injustifiés quant à l'exécution de son travail ou des réflexions désobligeantes, et l'avoir privée de salaires. Autant dire que l'auteur des faits avait accompli des actes de nature très variée. Or la Cour d'appel saisie les a

⁶²¹ C'est également le cas pour le harcèlement conjugal de l'article 222-33-2-1 du Code pénal puisque ce texte incrimine « le fait de harceler [...] par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de [ses] conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ».

⁶²² Ce raisonnement est également applicable au harcèlement moral au sein du couple incriminé à l'article 222-33-2-1 du Code pénal (présenté *supra*, n°113).

⁶²³ *Contra* R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 187, qui estiment que la répétition d'actes matériellement différents fait obstacle à ce que le harcèlement moral soit considéré comme une infraction d'habitude. Si l'on partage cette conclusion, les justifications sont différentes : v. *infra* n°157.

⁶²⁴ CA Rennes 3^{ème} ch. corr. 31 mai 2007 : *AJ pénal* 2007, p. 376, note C. SAAS.

⁶²⁵ Sur la condition d'identité de victime : v. *infra*, n°157.

⁶²⁶ P. ADAM, *Rép. Trav. Dalloz*, v° Harcèlement moral, préc., n°54 ; V. MALABAT, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », préc. ; C. SAAS, « Le harcèlement moral gagne en précision », note sous CA Rennes, 3^{ème} ch. corr. 31 mai 2007, préc.

⁶²⁷ CA Paris 14 nov. 2003 : *Juris-Data* n°2003-226546 à propos de références incessantes au métissage de la victime et ses « cousins d'Afrique ».

⁶²⁸ *Contra* P. MISTRETTA qui estime que le harcèlement moral est une infraction d'habitude qui exige au moins le renouvellement d'un acte identique au premier (*Rép. pén. Dalloz*, v° Harcèlement, préc., n°48). Selon lui, c'est en ce sens que va la jurisprudence, notamment car dans certains arrêts, la chambre criminelle fait référence au caractère habituel des agissements (Par exemple Cass. crim. 12 déc. 2006 : *Dr. pén.* 2007, comm. 48, obs. M. VERON).

⁶²⁹ C. DUVERT, *J.-Cl. Pénal*, art. 222-33-2, fasc. 20 : harcèlement moral, 2003, n°22 ; « Eléments du délit de harcèlement moral », note sous TGI Paris 31^{ème} ch. corr., 25 oct. 2002, *JCP E* 2003, p. 1152.

qualifiés d'« ensemble de mesures vexatoires, injustes et inappropriées »⁶³⁰ et l'a condamné pour harcèlement moral, ce qui n'a pas été censuré par la Cour de cassation. Les actes répétés n'ont donc pas à être matériellement identiques. Ce raisonnement se tient également toutes les fois que le législateur ne définit pas l'acte mais seulement le résultat, comme lorsqu'il emploie les expressions « par tout moyen », « par quelque moyen que ce soit », « de quelconque manière que ce soit ». Les actes peuvent être matériellement différents mais juridiquement identiques s'ils répondent à cette définition.

Par conséquent, tant l'infraction d'habitude *stricto sensu* que les infractions à l'élément matériel réitéré requièrent une analogie juridique entre les comportements répétés. Il n'est donc pas possible de les différencier ainsi. D'autres critères de distinction doivent être cherchés, par exemple dans l'identité ou la pluralité de victimes.

155. Indifférence à l'identité de victime. La victime ne fait pas partie de la définition de l'infraction d'habitude, au sens où l'identité de victime est indifférente. Peu importe donc que la victime du premier comportement soit identique à celle du second. Il est vrai que dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré que la victime des différents actes devait être la même, en tout cas en matière d'usure⁶³¹, à l'époque délit d'habitude. Puis elle est revenue sur sa position, et c'est en 1850 que la solution de principe a été posée par l'arrêt *Dame Delaporte*⁶³² : « cette habitude peut évidemment résulter, soit de faits (...) répétés à des époques différentes envers la même victime, soit des mêmes faits successivement pratiqués envers des personnes différentes ». Depuis, la jurisprudence est constante⁶³³ et la doctrine approuve en général cette solution⁶³⁴ car « l'habitude doit être considérée dans l'agent et non

⁶³⁰ Cass. crim. 21 juin 2005 : Bull. crim. n°187 ; RSC 2005, p. 850, note Y. MAYAUD.

⁶³¹ Cass. crim. 4 mars 1826 : Bull. crim. n°43, S. 1826, 1, p. 361 : « si la perception successive des intérêts usuraires d'un seul prêt ne constitue pas l'habitude d'usure, il en est autrement d'une succession de prêts usuraires faite à la même personne ».

⁶³² Cass. crim. 31 janv. 1850 : DP 1850, 1, p. 43, rapport F. HELIE ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°59.

⁶³³ Cass. crim. 22 juill. 1880 : DP 1881, 1, p. 91 ; 27 juill. 1887 : D. 1887, 1, p. 97 ; 17 juill. 1924 : Bull. crim. n°289, DH 1924, p. 600 : « il importe peu que les prêts aient été faits à une seule personne dès lors qu'ils ont été répétés ». – Cass. crim. 10 janv. 1930 : S. 1931, 1, p. 158 ; 9 juill. 1948 : Bull. crim. n°192, D. 1948, p. 410 ; JCP 1949, II, 4639 (1^{ère} espèce) : « l'habitude ne suppose pas la prostitution de plusieurs personnes dans l'établissement ». – Cass. crim. 24 juill. 1967 : Bull. crim. n°235 ; 9 déc. 1993, Bull. crim. n°379 : RSC 1994, p. 550, obs. B. BOULOC.

⁶³⁴ A. BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, op. cit., n°151 ; A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t. 4, n°1544 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., n°184 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit., art. 1^{er}, n°63 et art. 334 et

dans les patients du délit »⁶³⁵. Ce principe est censé être applicable à toutes les infractions d'habitude. En effet, la *ratio legis* de l'infraction d'habitude est de « laisser une chance » à son auteur en lui permettant d'accomplir un acte sans être pénalement responsable. L'intervention de la loi pénale est ainsi justifiée moins par la pluralité d'atteintes à la même victime que par la répétition de l'acte. Dès lors que c'est la persévérance de l'agent qui justifie l'infraction, l'identité ou la pluralité de victimes doit rester indifférente, quelle que soit l'infraction concernée. Pourtant, la jurisprudence adopte parfois une solution différente à propos de certaines infractions d'exercice illégal d'une profession.

156. Exception : exercice illégal d'une profession détenant un monopole. L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier dispose qu'« il est interdit à toute autre personne qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel »⁶³⁶. *A priori*, il s'agit donc d'une infraction d'habitude classique, la condition de répétition portant sur le comportement de l'agent. Il lui est en effet interdit d'effectuer deux opérations de banque ou plus. Le texte ne précise pas si les victimes (en l'occurrence les clients) peuvent correspondre à des personnes différentes ou non, mais on aurait pu penser que la jurisprudence *Dame Delaporte* serait applicable. La chambre criminelle de la Cour de cassation en a toutefois jugé autrement, à plusieurs reprises. Dans une première affaire, elle a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui avait déclaré une personne coupable du délit d'exercice illégal de la profession de banquier, en se bornant à énoncer qu'elle avait consenti plusieurs prêts successifs. Il était reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les prêts étaient effectués à titre habituel⁶³⁷. Quelques mois plus tard, la chambre criminelle a considéré que « la simple constatation que le prévenu ait consenti plusieurs prêts successifs à une même société » était insuffisante à caractériser l'habitude⁶³⁸. Certains auteurs en ont alors déduit que la condition d'habitude impliquait non seulement une pluralité d'opérations mais

335, n°91 ; A. NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, n°161 ; J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, *op. cit.*, n°763.

⁶³⁵ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op. cit.*, n°116-II.

⁶³⁶ L'assimilation du crédit-bail à une opération de crédit interdit uniquement à une personne, autre qu'une banque ou un établissement financier, de le pratiquer à titre habituel. Cela résulte aussi *a contrario* de l'article L. 515-1 du code monétaire et financier qui dispose que les opérations de crédit-bail mentionnées à l'article L. 313-7 ne peuvent être faites à titre habituel que par des entreprises commerciales agréées en qualité d'établissement de crédit (R.-N. SCHÜTZ, *Rép. imm. Dalloz*, v° Crédit-bail, 2011, n°90).

⁶³⁷ Cass. crim. 2 mai 1994 : Bull. crim. n°158, *JCP E* 1995, p. 463, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET. V. également Cass. crim. 21 sept. 1994 : Bull. crim. n°301. *Adde* C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 7^{ème} éd., 2008, n°47, 61 et 62.

⁶³⁸ Cass. crim. 5 févr. 1995 : *RD bancaire et bourse* 1995, p. 77, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

également une pluralité de clients⁶³⁹. Par la suite, la chambre criminelle a systématiquement fait référence à plusieurs victimes⁶⁴⁰ pour établir le délit. Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 décembre 2002⁶⁴¹ : « le fait pour toute personne non agréée de consentir à titre habituel sur neuf années, neufs prêts successifs contenant la remise de fonds à titre onéreux à la disposition d'un même client [...] est insuffisant à caractériser le caractère habituel des opérations de banque effectuées ». Autrement dit, une pluralité de clients est nécessaire : cela signifie que la condition d'habitude n'est pas remplie si plusieurs prêts ont été consentis à la même personne. Cette solution est le résultat d'un paradoxe : d'un côté, comme la doctrine le rappelle, et selon le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, l'habitude implique la répétition d'opérations mais pas le caractère professionnel des opérations⁶⁴² ; de l'autre, si l'on s'attache à la valeur protégée par cette incrimination, il est vrai qu'une personne n'interfère véritablement avec le monopole bancaire, domaine réservé, qu'à partir du moment où elle constitue un « embryon de clientèle »⁶⁴³, ce qui n'est envisageable que lorsqu'elle fournit des services à plusieurs personnes. Ainsi, la pluralité de victimes serait une condition de la consommation du délit d'exercice illégal de la profession de banquier car il faudrait une atteinte effective à la valeur protégée, à savoir le monopole bancaire. Or, dans ce cas, la condition résulterait non pas de la notion d'habitude mais des exigences inhérentes à l'infraction. Cette solution ne semble donc pas remettre en cause l'affirmation selon laquelle l'identité ou la pluralité de victimes est indifférente à la constitution de l'habitude. Le raisonnement peut d'ailleurs être le même en matière d'exercice illicite de la profession de prestataire de services d'investissement.

L'article L. 573-1 du Code monétaire et financier réprime en effet la fourniture illégale de service d'investissement lorsqu'elle intervient « à titre de profession habituelle ». Dans un arrêt du 20 avril 2005, la chambre criminelle de la Cour de cassation en a déduit, comme en matière d'exercice illégal de la profession de banquier, qu'une pluralité de clients

⁶³⁹ En ce sens, A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd., 2010, n°1128. V. également CA Paris, 9^{ème} ch, 26 juin 1995, *RD bancaire et bourse* 1996, p. 234, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

⁶⁴⁰ Par ex. Cass. crim. 21 mars 1996 : Bull. crim. n°126 ; 13 mai 1996 : inédit, pourvoi n°95-83602 ; 26 févr. 1998 : Bull. crim. n°77 ; 15 oct. 1998 : inédit, pourvoi n°97-83580 ; 24 mai 2000 : Bull. crim. n°202.

⁶⁴¹ Cass. com. 3 déc. 2002 : Bull. civ. IV n°182 ; *D.* 2003, AJ, 202 ; *JCP E* 2003, n°23, p. 953, note B. DONDERO ; *RTD com.* 2003, p. 344, obs. D. LEGAIS ; *LPA* 4 mars 2003, note E. C. ; *RD banc. fin.* 2003, n°58, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *Banque et Droit* mai-juin 2003, p. 55, obs. T. BONNEAU ; *Gaz. Pal.* 2003, Somm. 2475, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RJDA* 2003, n°532 ; *RD imm.* 2003, p. 255, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁶⁴² B. DONDERO, *Lamy Droit pénal des affaires*, Lamy, 2004, n°778.

⁶⁴³ C. GAVALDA et J. STOUFFLET, obs. préc. sous Cass. crim. 2 mai 1994.

était nécessaire⁶⁴⁴. Certains considèrent que cela assoit définitivement le choix de la jurisprudence pour la pluralité de clients nécessaire⁶⁴⁵. A l'inverse, il nous semble que l'exigence d'une pluralité de victimes est davantage liée à la condition d'exercice d'une profession qu'à la condition d'habitude, au sens où la première implique l'existence d'une clientèle. La pluralité de clients servirait donc à établir la clientèle et par là même la profession. La pluralité de victimes tient ainsi plus à l'exigence d'une clientèle qu'à la définition de l'habitude. On peut d'ailleurs faire un rapprochement avec les cas dans lesquels le législateur incrimine une « activité », par exemple le fait d'exercer l'activité d'intermédiaire pour l'adoption internationale⁶⁴⁶. Cette terminologie semble cependant être utilisée lorsque l'activité exercée n'est pas une profession.

157. Critère de distinction entre infraction d'habitude et infraction à l'élément matériel réitéré. Le lien d'analogie justifiant que les comportements répétés soient traités ensemble se limite donc au comportement de l'auteur, sans tenir compte de l'identité de victime. Cependant, l'indifférence à la victime a tout de même une utilité, en ce qu'elle permet de faire la différence entre l'infraction d'habitude au sens strict et les infractions dont l'élément matériel est réitéré⁶⁴⁷. Pour ces dernières infractions en effet, la victime des comportements répétés devrait impérativement être la même, à défaut de quoi l'infraction ne serait pas consommée. Ainsi, par exemple, s'agissant du harcèlement, la victime des actes répétés doit nécessairement être la même personne⁶⁴⁸. Si cette solution ne fait aucun doute en matière de harcèlement moral et sexuel, alors que le texte vise « autrui », elle est explicitement prévue en matière de harcèlement au sein du couple dans la mesure où l'article 222-33-2-1 du Code pénal vise « le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin ». Il est alors incontestable que les agissements répétés doivent tous être dirigés contre la même victime.

De même, la jurisprudence considère que les menaces de mort qui n'ont pas été réitérées à l'encontre de la même victime échappent aux prévisions de l'article 222-17 du

⁶⁴⁴ Cass. crim. 20 avr. 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 108, note J.-H. ROBERT ; *Dr. sociétés* 2005, n°10, p. 36, note T. BONNEAU.

⁶⁴⁵ En ce sens : L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°353 et s.

⁶⁴⁶ *Supra*, n°115.

⁶⁴⁷ En ce sens, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°257. Sur la distinction : v. *supra* : n°111 et s.

⁶⁴⁸ V. MALABAT, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. social* 2003, p. 491 ; *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°513.

Code pénal⁶⁴⁹. Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'en matière d'appels téléphoniques malveillants, deux appels suffisent à caractériser la réitération, et peu importe qu'ils soient adressés à la même personne ou non⁶⁵⁰. Certains estiment que cette solution est acceptable dès lors que chacun des appels comporte un contenu malveillant, ce qui ne serait pas le cas dès lors que la malveillance résulte de la répétition d'appels sans laisser de message⁶⁵¹. La solution de la jurisprudence est cependant critiquable au sens où les infractions à l'élément matériel réitéré semblent avoir pour *ratio legis* la pénalisation des « attaques » insistantes à l'encontre d'une même personne. C'est la raison pour laquelle les infractions de harcèlement, les menaces de mort et appels téléphoniques malveillants ne devraient être consommées que si la victime est la même. L'indifférence à l'identité de victimes devrait être une spécificité de l'infraction d'habitude, même si la jurisprudence ne partage pas toujours cet avis.

Le lien d'analogie entre les comportements fait donc la spécificité de l'infraction d'habitude par rapport aux autres infractions complexes. Il fait également celle du concours homogène par rapport au concours réel général.

β) Le concours homogène aggravant

158. Cas particulier de concours réel. Lorsque le Code pénal sanctionne d'une peine aggravée la commission habituelle d'une infraction, il est évident qu'il faut que la personne ait accompli plusieurs fois la *même* infraction : recel, blanchiment, interruption illégale de la grossesse d'autrui, etc⁶⁵². Ainsi, la condition d'analogie implique que les deux infractions commises aient la même qualification juridique. En pareille hypothèse, le législateur a estimé que le fait de commettre plusieurs fois la même infraction méritait une sanction particulière aggravée⁶⁵³. Il s'agit donc d'un cas particulier de concours réel⁶⁵⁴, pour lequel les infractions

⁶⁴⁹ Cass. crim. 24 oct. 2007 : *Dr. pén.* 2005, comm. 23, obs. M. VERON ; *AJ pénal* 2008, p. 89, note C. LACROIX.

⁶⁵⁰ Cass. crim. 4 mars 2003 : *Bull. crim.* n°57 ; *RSC* 2003, p. 788 note Y. MAYAUD.

⁶⁵¹ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁵² Pour une liste, v. *supra*, n°16.

⁶⁵³ Sur la justification de cette idée, v. *infra*, n°422, et sur ses manifestations concrètes, v. *infra*, n°428 et s.

⁶⁵⁴ *Supra*, n°63.

doivent absolument être identiques dans leur qualification. Or, cette notion de qualification identique soulève de nombreuses interrogations⁶⁵⁵.

159. Notion d'identité de qualifications. Premièrement, la condition d'analogie est-elle remplie lorsque la première infraction est une infraction simple tandis que la seconde est aggravée par une circonstance autre que l'habitude ou inversement ? Ainsi, par exemple, la condition d'analogie est-elle remplie lorsqu'une personne commet l'infraction de recours à la prostitution de mineurs ou personnes vulnérables⁶⁵⁶, puis la même infraction aggravée par la circonstance que l'auteur des faits a délibérément ou par imprudence mis la vie de la personne en danger ou a commis contre elles des violences⁶⁵⁷ ? Si la doctrine considère généralement que pour qualifier l'infraction, il faut tenir compte des éventuelles circonstances aggravantes⁶⁵⁸, ces circonstances ne devraient pas être prises en compte pour déterminer l'analogie entre les infractions car cela restreindrait considérablement le champ d'application de l'habitude, ce qui n'est certainement pas conforme au vœu du législateur.

Deuxièmement, pour des infractions de résultat comme les violences, doit-on considérer qu'elles ont toutes une qualification identique ? Il semble préférable d'admettre à l'inverse que les infractions de résultat ont des qualification différentes selon la gravité de leur résultat car ce dernier permet de qualifier juridiquement les faits⁶⁵⁹. Cependant, cette solution théorique risque d'être délicate à mettre en œuvre en matière de concours homogène aggravant. Ainsi, par exemple, l'article 222-14 du Code pénal prévoit des peines aggravées pour les violences habituelles commises sur un mineur de quinze ans ou une personne vulnérable. Or, si cet article consacre incontestablement un concours homogène aggravant⁶⁶⁰, il prévoit des peines différentes selon la gravité du résultat « qu'elles ont entraîné » : il semble donc prendre en compte le résultat final des violences habituelles, indépendamment du

⁶⁵⁵ C'est également le cas lorsqu'un texte vise une infraction « de même nature ». Le problème se pose par exemple en droit de l'environnement. En tant que collectivité d'outre mer à statut particulier, la Polynésie française peut édicter des sanctions pénales, mais les institutions locales doivent se référer aux infractions de même nature prévues par les lois et règlements nationaux pour déterminer le maximum des sanctions applicables (E. GINDRE, « La protection de l'environnement par le droit pénal en Polynésie française : un droit pénal en quête d'autonomie », *RPDP* 2010, p. 371, spéc. p. 383). Se pose alors la question de savoir ce qu'est une infraction de même nature. Faut-il se référer à la classification tripartite fondée sur la gravité des infractions ? A la valeur protégée ?

⁶⁵⁶ Art. 225-12-1 C. pén.

⁶⁵⁷ Art. 225-12-2 4° C. pén.

⁶⁵⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°164 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°409 ; B. PERREAU, *De la qualification des infractions en matière criminelle*, Thèse Paris, 1926, n°48.

⁶⁵⁹ M.-A. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, op. cit., n°144 et s.

⁶⁶⁰ *Supra*, n°57.

résultat causé par chaque infraction de violence. Il est donc envisageable que, par exemple, si on avait pu mesurer leurs effets indépendamment l'une de l'autre, la première infraction ait entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours, que la seconde ait entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours, mais que l'ensemble ait entraîné une mutilation ou infirmité permanente⁶⁶¹. Dans ce cas, il est évident que les infractions de violences ne sont pas identiques au sens où elles sont d'une gravité différente. Pourtant, elles sont implicitement considérées comme telles par le législateur qui sanctionne d'une peine aggravée les violences habituelles ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente.

Troisièmement, peut-on admettre qu'une infraction consommée et une même infraction tentée ont des qualifications identiques ? Par exemple, la condition d'analogie est-elle remplie lorsqu'une personne commet un blanchiment puis tente d'en commettre un second ? Dans la mesure où l'auteur d'une tentative est puni comme s'il était auteur de l'infraction consommée⁶⁶², il faut admettre que la condition d'analogie sera remplie alors même qu'une seule des deux infractions est consommée. La jurisprudence statue d'ailleurs en ce sens en matière de récidive spéciale⁶⁶³.

Quatrièmement, la condition d'analogie est-elle remplie si la même personne commet successivement la même infraction mais l'une en tant qu'auteur et l'autre en tant que complice ? La jurisprudence ne s'est *a priori* jamais prononcée sur la question en matière de concours homogène aggravant. Elle a cependant jugé, en matière de récidive, que le délit et la complicité du délit doivent être considérés comme une même infraction⁶⁶⁴. Cette solution, si elle devait être transposée, se comprendrait dès lors que l'on envisage la complicité comme un mode de participation à l'infraction principale. En effet, dans cette conception, l'auteur et le complice participent à la même infraction. En revanche, cette solution serait contestable si l'on conçoit la complicité comme une infraction à part entière au sens où, même si le complice encourt la peine prévue par la loi comme s'il avait lui-même été auteur de l'infraction⁶⁶⁵, il n'est « que » complice et réalise donc une infraction différente de celle de l'auteur principal. La rédaction des articles prévoyant des concours homogènes aggravants semble permettre de trancher la question. Ces textes sont souvent rédigés de la manière

⁶⁶¹ La victime des différentes infractions de violences est nécessairement identique : v. *infra*, n°160.

⁶⁶² Art. 121-4 C. pén.

⁶⁶³ *Infra*, n°163.

⁶⁶⁴ *Infra*, n°163.

⁶⁶⁵ Art. 121-6 C. pén.

suiuante : « l'infraction de [...] est punie de [...] lorsqu'elle est commise de manière habituelle », ce qui laisse penser que ces concours ne pourront être constitués que si les infractions ont été commises en tant qu'auteur. Par conséquent, il semble logique d'admettre que la condition d'analogie n'est pas remplie si l'une des infractions est réalisée par l'agent en tant qu'auteur, et l'autre en tant que complice.

Cinquièmement, l'analogie est-elle caractérisée entre une infraction considérée comme générale et une infraction considérée comme spéciale ? Par exemple, les infractions de faux⁶⁶⁶ et de faux commis dans un document administratif⁶⁶⁷ sont-elles identiques ? La qualité particulière du document dans la seconde infraction pouvant difficilement être qualifiée de circonstance aggravante, il faudrait donc admettre que ce sont deux infractions non identiques. Pourtant, elles protègent le même bien juridique et seul le support matériel de l'infraction diffère. La même question se pose à propos de l'incrimination générale du blanchiment⁶⁶⁸ et de l'incrimination particulière du blanchiment en matière de trafic de stupéfiants⁶⁶⁹, ou encore à propos de l'infraction de non-justification de ressources correspondant à son train de vie qui est incriminée à la fois de manière générale⁶⁷⁰ et de manière spéciale pour certaines infractions⁶⁷¹. Là encore, les actes ou procédés incriminés sont fort semblables voire identiques ; toutefois, l'existence de plusieurs textes d'incrimination laisse penser qu'il s'agit d'infractions différentes.

Ainsi, pour constituer un concours homogène, les infractions doivent être identiques dans leur qualification. Cela n'implique cependant pas une identité de victimes.

160. Indifférence à l'unité ou la pluralité de victimes. Le principe d'indifférence à l'identité de victime dégagé en matière d'infraction d'habitude⁶⁷² a été transposé en matière de concours homogène à propos du délit d'avortement dans un célèbre arrêt de 1944 : « l'habitude est suffisamment caractérisée par l'accomplissement de deux faits successifs, quelle que soit d'ailleurs l'identité de la personne sur laquelle les manœuvres ont été pratiquées »⁶⁷³. Cette solution a été réaffirmée par la suite⁶⁷⁴. Les rares arrêts existant en la

⁶⁶⁶ Art. 441-1 C. pén.

⁶⁶⁷ Art. 441-2 C. pén.

⁶⁶⁸ Art. 324-1 C. pén.

⁶⁶⁹ Art. 222-38 C. pén.

⁶⁷⁰ Art. 321-6 C. pén.

⁶⁷¹ Art. 225-6 3° (proxénétisme), 225-12-5 al. 2 (exploitation de la mendicité), 225-12-8 C. pén (exploitation de la vente à la sauvette) et 421-2-3 C. pén. (terrorisme). Ces infractions ont déjà été évoquées *supra*, n°51.

⁶⁷² *Supra*, n°155.

⁶⁷³ Cass. crim. 24 mars 1944 : Bull. crim. n°83, *DA* 1944, p. 75.

matière mentionnent en général plusieurs victimes⁶⁷⁵, mais sans que l'on doive en tirer de conclusions hâtives. Compte tenu du domaine limité de ces cas de concours homogène aggravant et de la nature des infractions sur lesquelles ils portent (recel, faux, blanchiment, etc.), il se peut en effet que l'existence d'une victime ne soit pas forcément exigée, ou alors il est peu probable que l'infraction soit commise deux fois à l'encontre de la même personne. Le contentieux est donc propice à l'existence de plusieurs victimes. Il n'en reste pas moins que le lien d'identité ou de pluralité de victimes reste indifférent à la constitution de ce concours aggravant car l'habitude se définit au regard du comportement de son auteur et non de sa victime.

Cette idée pourrait toutefois être remise en question dans certaines infractions. Par exemple, l'article 222-14 du Code pénal incriminant les violences habituelles sur les mineurs ou personnes vulnérables n'est pas une infraction d'habitude mais bien une infraction pour laquelle le législateur prévoit des règles particulières en cas de concours homogène⁶⁷⁶. Pour que ce dernier soit constitué et ainsi que cet article soit applicable, il faut que l'auteur ait accompli plusieurs infractions de violences distinctes. Le texte semble exiger que la victime des violences soit identique, qu'il s'agisse du même mineur de quinze ans ou de la même personne vulnérable. Toutefois, l'identité de victime exigée ici semble être justifiée, non seulement par sa *ratio legis*⁶⁷⁷ mais surtout par la nature particulière des infractions de résultat qui impose de déterminer la gravité de la sanction par rapport à la gravité du résultat. Or, il semble difficile de mesurer la gravité du résultat et d'attribuer une sanction commune à plusieurs infractions commises sur des personnes différentes car leurs préjudices respectifs ne peuvent pas se cumuler pour déterminer un préjudice commun. L'identité de victime tient donc à la nature particulière de l'infraction, sans remettre en cause l'idée selon laquelle l'identité ou la pluralité de victimes ne fait pas partie de la condition d'analogie requise en matière d'habitude.

S'agissant de l'infraction d'habitude et du concours homogène aggravant, l'analogie entre les comportements est donc stricte, au point que l'on peut véritablement parler d'une

⁶⁷⁴ Cass. crim. 31 déc. 1947 : Bull. crim. n°269.

⁶⁷⁵ Par ex. Cass. crim. 4 oct. 2006 : inédit, pourvoi n°06-80803 ; 29 janv. 2008 : inédit, pourvoi n°07-84326.

⁶⁷⁶ *Supra*, n°57.

⁶⁷⁷ Ce texte vise à sanctionner principalement les violences commises dans le cercle familial, et par conséquent, souvent répétées.

identité de qualifications. Reste à voir si la même remarque peut être formulée en matière de récidive.

b) Les cas d'analogie absolue en matière de récidive

161. Domaine de la condition d'analogie. Les conditions de la récidive sont extrêmement compliquées, et varient en fonction de la gravité des infractions commises. S'agissant des personnes physiques, on distingue ainsi selon que les infractions commises constituent un crime, un délit puni de dix ans d'emprisonnement, un délit puni de moins de dix ans d'emprisonnement, une contravention de cinquième classe, ou une contravention des quatre premières classes. La condition d'analogie de qualification n'est prévue qu'en matière délictuelle et contraventionnelle et permet d'ailleurs de qualifier cette récidive de « spéciale ». Dans les autres cas, l'analogie ne tient pas à la qualification mais à la gravité de l'infraction⁶⁷⁸, la récidive est alors dite « générale »⁶⁷⁹.

162. Récidive délictuelle et contraventionnelle. Selon l'article 132-10 du Code pénal, la récidive est établie lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine⁶⁸⁰ le même délit⁶⁸¹. La loi prévoit donc expressément que la seconde infraction doit être strictement identique à la première, c'est-à-dire avoir la même qualification juridique. L'article 132-14 prévoit une disposition équivalente concernant la récidive délictuelle des personnes morales. Les mêmes exigences sont par ailleurs posées en matière de récidive contraventionnelle.

Lorsque la première infraction est une contravention, il ne peut y avoir récidive que si l'agent commet, après avoir été condamné, la même contravention⁶⁸². Il faut tout de suite préciser que ce cas de récidive n'existe que pour les contraventions de cinquième classe⁶⁸³, et

⁶⁷⁸ *Infra*, n°185.

⁶⁷⁹ La distinction entre récidive spéciale et récidive générale est parfois dénommée récidive « spécifique » ou « générique » (M. ANCEL, « Le récidivisme en droit comparé », *RIDP* 1955, p. 9, spéc. p. 14).

⁶⁸⁰ Sur cette condition de délai : v. *infra*, n°215.

⁶⁸¹ Ou un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive : v. *infra*, n°168 et s.

⁶⁸² Art. 132-11 C. pén. pour les personnes physiques et 132-15 pour les personnes morales.

⁶⁸³ L'ancien Code pénal réprimait la récidive dès les contraventions de deuxième classe (art. R. 33, R. 39 et R. 41 ACP) mais l'assortissait d'une condition de « localité » : il fallait que la seconde infraction ait lieu dans le même ressort que la première, sauf pour celles qui faisaient encourir un emprisonnement supérieur à dix jours ou une amende supérieure à 3 000 francs (art. 474 ACP).

doit être expressément prévu par la loi ou le règlement⁶⁸⁴. Les textes réprimant la récidive de contravention de cinquième classe à la même contravention sont assez nombreux dans le Code pénal⁶⁸⁵, mais on en trouve également dans le Code du travail⁶⁸⁶, le Code de la sécurité sociale⁶⁸⁷, ou encore le Code de la santé publique⁶⁸⁸.

Pour caractériser une récidive spéciale, les juges doivent donc préciser la date de la condamnation mais également l'infraction qui l'a motivée⁶⁸⁹, afin que la Cour de cassation vérifie que la condition d'analogie est remplie⁶⁹⁰. La condition d'analogie semble donc *a priori* aisée à mettre en œuvre mais n'en suscite pas moins des interrogations. Ces interrogations sont relatives d'une part, à ce qu'il faut entendre par infraction identique et, d'autre part, à la mise en œuvre de la condition d'analogie en cas de multirécidive.

163. Détermination de l'infraction identique. La notion d'identité de qualifications pose les mêmes difficultés qu'en matière de concours homogène aggravant⁶⁹¹, mais la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur deux des questions déjà soulevées.

D'abord, la jurisprudence a admis implicitement l'analogie entre une infraction consommée et l'infraction tentée correspondante puisqu'elle considère que l'état de récidive est caractérisé en pareille hypothèse⁶⁹². Cette solution n'est pas choquante, dans la mesure où

⁶⁸⁴ Art. 132-11 C. pén.

⁶⁸⁵ C'est notamment le cas des violences volontaires (art. R. 625-1), des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (art. R. 625-6), de la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale (art. R. 625-7), du commerce de matériels utilisés pour porter atteinte à l'intimité de la vie privée (art. R. 625-9), des infractions contre les biens (art. R. 635-1), de la vente forcée par correspondance (art. R. 635-2), de la violation des dispositions réglementant la vente de certains objets mobiliers (art. R. 635-7), de l'abandon d'épaves, de véhicules, d'ordures (art. R. 635-8), et des contraventions contre la nation, l'État ou la paix publique (art. R. 645-1 à 645-3, R. 645-6 à 645-8, et R. 645-9 à 645-12).

⁶⁸⁶ Par ex. l'art. R. 6226-4 en matière de contrat d'apprentissage.

⁶⁸⁷ Par ex. l'art. R. 652-1 en matière de cotisations à un régime d'assurance obligatoire.

⁶⁸⁸ Par ex. l'art. R. 1312-8 en matière d'hygiène et sécurité.

⁶⁸⁹ Cass. crim. 7 août 1914 : Bull. crim. n°383 ; 20 janv. 1916 : Bull. crim. n°16 ; 24 janv. 1918 : Bull. crim. n°12 ; 21 sept. 1922 : Bull. crim. n°310 ; 23 mars 1925 : Bull. crim. n°162 ; 4 mars 1927 : Bull. crim. n°70 ; 23 juin 1928 : Bull. crim. n°162 ; 9 avr. 1932 : Bull. crim. n°372 ; 8 juin 1934 : Bull. crim. n°113 ; 27 déc. 1934 : Bull. crim. n°199 ; 23 juin 1943 : DA 1944, p. 14 ; 17 janv. 1947 : Bull. crim. n°30.

⁶⁹⁰ Il n'est cependant pas nécessaire que ces constatations soient expressément mentionnées dans la décision prononçant la récidive, si elles résultent des documents joints au dossier, comme un extrait des minutes du greffe ou du registre d'écrou (Cass. crim. 11 juin 1963 : Bull. crim. n°257) ou du bulletin n°1 du casier judiciaire (Cass. crim. 13 juill. 1951 : Bull. crim. n°215). En revanche, un arrêt qui se borne à énoncer que la Cour élève les peines prononcées à l'encontre des prévenus « en tenant compte de la multiplicité des délits, de leur gravité, et de l'état de récidive de l'un et l'autre » doit être cassé car il ne permet pas à la Cour de cassation de vérifier si les conditions de la récidive sont réunies, notamment quant à la nature du délit antérieur (Cass. crim. 30 oct. 1989 : inédit, pourvoi n°89-81673).

⁶⁹¹ *Supra*, n°159.

⁶⁹² *Supra*, note de bas de page n°386.

l'auteur d'une infraction tentée encourt la même peine que s'il l'avait pleinement réalisée⁶⁹³. Ensuite, la jurisprudence a admis l'analogie entre une infraction commise en tant qu'auteur et une infraction commise en tant que complice. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi jugé, sous l'empire de l'ancien Code pénal que, « selon les dispositions de l'article 58 alinéa 3 du Code pénal⁶⁹⁴, les délits de vol et d'escroquerie sont considérés comme étant, au point de vue de la récidive, un même délit ; il en est de même de la complicité de ces délits, la complicité n'étant qu'un des modes de participation à l'infraction »⁶⁹⁵. Si une telle solution est choquante en soi⁶⁹⁶, elle l'est d'autant plus en l'espèce puisque les deux infractions concernées ne sont pas strictement analogues mais assimilées.

Du reste, la notion d'identité de qualifications soulève les mêmes interrogations qu'en matière de concours réel homogène. Le droit comparé n'est à cet égard pas d'un grand secours. En effet, si les législations étrangères prennent également en compte ce critère d'analogie⁶⁹⁷, elles n'apportent pas forcément de précisions sur la détermination de ce qu'est une infraction identique. Ainsi, par exemple, l'article 102 du Code pénal italien définit le délinquant d'habitude (*delinquente abituale*) de plein droit comme « celui qui, après avoir été condamné à la réclusion à plus de cinq ans pour trois délits volontaires de la même nature commis dans les dix ans, subit une autre condamnation pour un délit volontaire *de la même nature*, lui-même commis dans les dix ans du dernier des délits précédents »⁶⁹⁸. Il est vrai que l'expression « de la même nature » est assez floue et il n'est pas certain qu'elle désigne précisément une infraction dotée de la même qualification juridique. On peut toutefois penser que si ce n'est pas le cas, le Code pénal italien vise une infraction de gravité équivalente, ce qui correspondrait à une analogie par la gravité des comportements⁶⁹⁹.

La notion d'infraction identique reste donc pour le moins incertaine, ce qui ne va pas faciliter la mise en œuvre de la condition d'analogie en cas de multirécidive.

⁶⁹³ Art. 121-4 C. pén.

⁶⁹⁴ Aujourd'hui 132-16 C. pén.

⁶⁹⁵ Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°306.

⁶⁹⁶ *Supra*, n°159.

⁶⁹⁷ Ainsi, par exemple, le droit belge connaît également la distinction entre récidive spéciale et récidive générale (D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 222).

⁶⁹⁸ L'article suivant définit un autre cas de délinquance d'habitude, cette fois par appréciation du juge, lorsque l'infraction n'est pas de la même nature que les précédentes mais que le genre de vie du coupable fait apparaître sa dangerosité sociale. En outre, le droit italien prévoit le cas du délinquant professionnel (*delinquente professionale*) : il s'agit de l'individu qui remplit toutes les conditions pour être déclaré délinquant d'habitude, lorsqu'au regard de la nature des délits, de sa conduite et de son genre de vie, il apparaît qu'il vit habituellement ou de façon partielle des produits du délit. Le Code pénal italien prévoit également le statut de délinquant par tendance, mais ce dernier n'est pas récidiviste, il présente seulement des tendances antisociales.

⁶⁹⁹ *Infra*, n°181 et s.

164. Mise en œuvre de la condition d'analogie en cas de multirécidive. Le législateur n'ayant pas précisé les conditions de la multirécidive, peut se poser la question de savoir si, pour que la troisième infraction constitue un terme de la récidive, il est nécessaire qu'elle remplisse la condition d'analogie à l'égard de la première infraction ou à l'égard de la deuxième infraction. La doctrine s'est peu interrogée sur cette difficulté mais les auteurs concernés semblent s'accorder pour considérer que, pour que la nouvelle récidive soit constituée, il faut que la troisième infraction remplisse les conditions posées à l'égard de la deuxième infraction⁷⁰⁰. La circulaire d'application de la loi du 10 août 2007 va également en ce sens puisqu'elle précise qu'il y a nouvelle récidive « lorsqu'une personne commet une infraction qui constitue le deuxième terme d'une récidive dont le premier terme constituait le second terme d'une précédente récidive ou, plus précisément, dont le premier terme est une condamnation prononcée pour une infraction qui constituait le second terme d'une précédente récidive, à condition que ce précédent état de récidive ait été relevé par la juridiction de jugement »⁷⁰¹.

Même si elle n'est pas toujours facile à définir, l'analogie entre les infractions a une importance capitale dans la définition de l'habitude pénale. Mais il faut reconnaître que ce caractère fondamental de l'analogie dépasse le droit pénal et se retrouve dans d'autres institutions d'habitude, extrapénales.

c) Les cas d'analogie absolue en dehors de l'habitude pénale

165. Comparaison avec la réitération en droit de la concurrence. La condition d'analogie se retrouve ainsi en droit des pratiques anticoncurrentielles, au travers de la notion de réitération, impliquant comme l'habitude pénale, au moins deux comportements⁷⁰². Dans une décision du 15 octobre 2007, le Conseil de la concurrence a en effet énoncé que « la réitération a pour objet d'appréhender les cas dans lesquels une entreprise précédemment sanctionnée pour un type particulier de comportement, met de nouveau en œuvre des

⁷⁰⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°925-2 ; M. HERZOG-EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Récidive, 2011, n°73 ; J.-H. ROBERT, « Le plancher et le thérapeute », préc., n°6.

⁷⁰¹ Circ. DACG n° 2007-10, 13 août 2007 relative à la présentation des dispositions de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : BO min. Just. 30 août 2007, 1.2.1.

⁷⁰² *Supra*, n°97.

pratiques identiques ou similaires »⁷⁰³. Le Conseil a ensuite précisé que l'analogie entre les pratiques peut s'entendre de deux façons : « Les pratiques peuvent être identiques ou similaires par leur même objet anticoncurrentiel, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier : ententes horizontales entre concurrents, restrictions verticales entre entreprises participant à une même chaîne économique, abus de position dominante peuvent ainsi être regardés comme relevant, *a priori*, de catégories différentes. Mais elles peuvent aussi être identiques ou similaires par leur même effet anticoncurrentiel, critère qui transcende au contraire les qualifications légales : des pratiques d'entente ou des comportements unilatéraux peuvent ainsi rechercher le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition »⁷⁰⁴. Par conséquent, des pratiques pourront être considérées comme identiques ou similaires alors qu'elles sont qualifiées d'entente et d'abus de position dominante si, par exemple, elles ont toutes les deux pour effet l'éviction de concurrents⁷⁰⁵. Si cette solution est vue par certains comme consacrant une récidive générale⁷⁰⁶, il semble plus pertinent d'admettre qu'il s'agit d'une récidive spéciale dans la mesure où la réitération requiert une identité *juridique* des comportements répétés, ce qui implique potentiellement une différence *matérielle* entre les pratiques anticoncurrentielles⁷⁰⁷.

L'analyse des solutions de la Cour de Justice de l'Union Européenne est à cet égard fort utile. En effet, si en apparence, la CJUE apprécie la condition d'identité ou de similarité des pratiques anticoncurrentielles de manière souple, cette conception semble au contraire plus restrictive. Certes, elle considère que les pratiques peuvent porter sur des produits différents⁷⁰⁸ – cependant, à partir du moment où l'entreprise adopte des comportements identiques au regard des qualifications d'entente ou d'abus de position dominante, il semble que les comportements soient juridiquement analogues – mais refuse d'admettre que les ententes et abus de position dominante sont des infractions similaires. Par conséquent, la

⁷⁰³ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33, préc., point n°121.

⁷⁰⁴ Même décision, point n°122.

⁷⁰⁵ Cela ressemble alors à l'infraction de harcèlement moral dans laquelle les actes incriminés sont définis par leur objet ou leur effet : *supra*, n°154.

⁷⁰⁶ L. TRUCHOT, « Le régime de la récidive en matière de pratiques anticoncurrentielles : garanties et dissuasion », *RDLC* 2010, n°4, p. 17, n°14.

⁷⁰⁷ Une telle définition par l'objet ou le but fait d'ailleurs penser à celle du harcèlement moral : *supra*, n°154.

⁷⁰⁸ Ainsi, dans l'affaire Danone (préc.), la première décision de 1984 visait une entente dans le secteur du verre plat et la seconde dans le secteur de la bière.

récidive n'est pas caractérisée si l'entreprise déjà condamnée pour entente commet l'infraction d'abus de position dominante⁷⁰⁹.

Pour qu'il y ait réitération, il faut donc une analogie entre les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, malgré la dénomination de « réitération », ce concept juridique s'apparente davantage à ce que le droit pénal qualifie de récidive spéciale. L'analogie entre les comportements répétés est donc de l'essence même de l'habitude.

166. Comparaison avec la récidive en droit disciplinaire de l'entreprise. Cette idée se retrouve également en droit disciplinaire de l'entreprise. Cette branche du droit connaît en effet la récidive lorsqu'un salarié déjà sanctionné pour une faute disciplinaire en commet une nouvelle⁷¹⁰. La question se pose alors de savoir si la seconde faute doit être identique à la première. Dans un arrêt du 14 janvier 2003, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel, « ayant relevé que ce fait constituait la réitération d'un fait *de même nature* survenu antérieurement et ayant déjà fait l'objet d'un avertissement »⁷¹¹, avait pu décider que le comportement de la salariée pouvait être qualifié de faute grave. Ainsi, il semble que les avertissements antérieurs⁷¹² ne pourraient être pris en compte que s'ils ont été prononcés pour des faits de même nature⁷¹³. On retrouve alors le problème de la définition de l'expression « même nature » évoqué précédemment⁷¹⁴ et les mêmes incertitudes concernant la prise en compte des faits dotés d'une qualification identique ou d'une gravité identique.

⁷⁰⁹ Trib. UE 17 déc. 2009, *Solvay c/ Commission* : T-57/01 ; 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries c/ Commission* : T-66/01.

⁷¹⁰ Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle dans laquelle, en dehors de toute sanction, la répétition des manquements aux obligations contractuelles peut constituer une faute disciplinaire. Alors qu'en droit pénal, ne sont punissables que les faits constituant des infractions définies par la loi, dans le droit disciplinaire de l'entreprise, l'employeur peut sanctionner des comportements du salarié qui ne sont pas définis à l'avance comme constitutifs de fautes disciplinaires (J. SAVATIER, *Rép. trav. Dalloz*, v° Droit disciplinaire, 2011, n°34). C'est ce qui résulte de la disposition de l'article L.1331-1 du Code du travail, selon laquelle constitue une sanction disciplinaire « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». En principe, l'incapacité du salarié à accomplir de manière satisfaisante ses obligations contractuelles n'est pas fautive. La Cour de cassation déclare en effet que « l'insuffisance professionnelle, sauf mauvaise volonté délibérée, ne constitue pas une faute » (Cass. soc. 17 févr. 2004 : *RJS* 2004, n°521)

⁷¹¹ Cass. soc. 14 janv. 2003 : Bull. civ. V n°7 ; *D.* 2003, p. 1661, obs. C. GIRAUDET). Cependant, des négligences répétées et graves commises par un salarié malgré des mises en garde de son chef de service constituent une faute justifiant la sanction de rétrogradation prononcée contre lui (Cass. soc. 30 avr. 1997 : *RJS* 1997, n°980). Par conséquent, l'habitude de commettre certains manquements peut contribuer à apprécier le caractère fautif.

⁷¹² Sur le délai dans lequel l'avertissement antérieur peut être pris en compte, v. *infra*, n°224.

⁷¹³ V. déjà Cass. soc. 5 févr. 2002 : Bull. civ. V, n° 53 ; *D.* 2002, Jur. p. 1298, note P. BALLY.

⁷¹⁴ *Supra*, n°159.

Ainsi, l'on a pu voir que beaucoup d'institutions, en droit pénal comme dans d'autres disciplines, exigent pour leur constitution une identité absolue de qualification entre les comportements répétés. Bien que cette identité absolue de qualifications soit fondamentale en ce qu'elle justifie que les comportements soient traités au sein d'un même ensemble, certaines institutions d'habitude se contentent d'une analogie relative.

2. L'analogie relative

167. Causes de la relativité de l'analogie. Dans certains cas, l'analogie n'est que relative car le législateur assimile des infractions différentes au regard de la récidive (a), ce qui signifie qu'il « fait comme si » les infractions étaient identiques alors qu'elles ne le sont pas⁷¹⁵. Dans d'autres, l'analogie est relative car il ne s'agit pas vraiment d'une condition légale, mais plutôt d'une simple éventualité de fait (b).

a) L'assimilation légale d'infractions

168. Domaine de l'assimilation légale. L'assimilation légale ne concerne que la récidive délictuelle, prévue à l'article 132-10 du Code pénal pour les personnes physiques, et à l'article 132-14 pour les personnes morales. La récidive est ainsi légalement établie lorsque l'auteur commet le même délit⁷¹⁶, mais également lorsqu'il accomplit un « délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive ». La récidive est alors spéciale, non plus en raison de l'identité de qualifications, mais en vertu de la loi, qui assimile des infractions distinctes par une fiction juridique⁷¹⁷, fiction consistant à admettre que telle et telle infraction sont

⁷¹⁵ C'est également le cas lorsque, en application de la théorie de la peine justifiée, la qualification inexacte mentionnée au casier judiciaire va pouvoir servir de premier terme de la récidive alors que si la bonne qualification avait été retenue, la récidive n'aurait peut-être pas été retenue. La Cour de cassation refuse en effet parfois de censurer la décision des juges du fond dont elle reconnaît pourtant l'erreur de qualification, sur le fondement de l'article 598 du Code de procédure pénale. En précisant que la peine prononcée pour cette qualification par les juges du fond aurait pu également l'être sous la qualification la plus appropriée, elle la déclare justifiée. Cette technique de la peine justifiée permet alors de gagner du temps et d'anticiper sur la décision de la cour d'appel de renvoi qui pourrait alors prononcer la même peine sous une autre qualification. Malgré les nombreuses critiques encourues par cette pratique (v. sur ce point E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°582 et s. ; J.-M. ROBERT, « La peine justifiée », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 567), la Cour de cassation a considéré qu'il n'était pas nécessaire de soumettre sa constitutionnalité à l'appréciation du Conseil constitutionnel (Cass. crim. 19 mai 2010 : RSC 2011, p. 185, obs. B. DE LAMY).

⁷¹⁶ *Supra*, n°162.

⁷¹⁷ La fiction juridique peut se définir comme « l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application » (G. WICKER, *Les*

considérées comme une même infraction au regard de la récidive. Avant de critiquer le recours au mécanisme de la fiction juridique (β), il faut présenter de manière plus approfondie la technique de l'assimilation (α).

a) Présentation de la technique d'assimilation

169. Identité par fiction juridique. En principe, seul le législateur a compétence pour assimiler les infractions. Cela signifie que des infractions différentes vont être considérées comme identiques au regard de la récidive et s'en voir appliquer les règles alors qu'elles n'en remplissent pas les conditions, faute d'être analogues. Le législateur use ainsi régulièrement de sa compétence pour assimiler certains délits, notamment dans le Code pénal⁷¹⁸. On remarque que la majorité des assimilations est regroupée dans les dispositions générales du Code relatives à la récidive, c'est-à-dire aux articles 132-8 et suivants.

170. Assimilations classiques. Certaines infractions sont assimilées car le législateur considère qu'elles protègent le même intérêt juridique. Le fait qu'elles soient considérées comme la même infraction pour les règles de la récidive n'est alors pas particulièrement choquant. C'est le cas par exemple du vol, de l'extorsion, du chantage, de l'escroquerie et de l'abus de confiance, autrement dit une grande partie de ce que le Code pénal appelle « appropriations frauduleuses », ces cinq infractions étant considérées comme des infractions assimilées par l'article 131-16 du Code pénal. L'article 132-16-1⁷¹⁹ assimile par ailleurs atteintes sexuelles et agressions sexuelles. Cette assimilation est également assez classique dans la mesure où il est évident que l'objectif est la répression accrue des délits et crimes sexuels, quel que soit leur mode de perpétration. Cette précision supprime de plus un inconvénient qui résultait de la réforme du Code pénal, car sous l'empire de l'ancien Code pénal, ces deux catégories de délits recevaient la qualification unique d'attentats à la pudeur et pouvaient donc

fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1996, n°3). Adde C. HARDOUIN-LE GOFF, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pén.* 2009, étude 1.

⁷¹⁸ Mais pas seulement. Par exemple, l'article L. 163-8 du Code monétaire et financier (ancien art. 70 du décret-loi du 30 octobre 1935) assimile certaines infractions en matière de chèque ; l'article L. 2339-12 du Code de la défense (ancien art. 35 du décret-loi du 18 avril 1939) assimile certains délits concernant les armes, munitions et matériels de guerre ; et l'article 213-5 du Code de la consommation assimile certains délits en matière de fraudes.

⁷¹⁹ Créé par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

constituer les deux termes d'une récidive. L'article 132-16-3⁷²⁰ assimile quant à lui les délits de proxénétisme et de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-1, 225-4-2, 225-4-8, 225-5 à 225-7 et 225-10. Même si ces différentes infractions sont regroupées dans un même chapitre du Code, intitulé « des atteintes à la dignité de la personne », ce chapitre constitue un « fourre-tout » rassemblant différentes infractions disparates sur le plan criminologique. Enfin, l'article 321-5 du Code pénal dispose que le recel est assimilé à l'infraction dont provient le bien recelé, et l'article 324-5⁷²¹ que le blanchiment est assimilé à l'infraction à l'occasion de laquelle ont été commises les opérations de blanchiment⁷²². Au-delà de l'absence d'analogie évidente entre les deux infractions, cette dernière disposition est d'autant plus contestable qu'elle assimile deux infractions dont l'une sera la plupart du temps, la conséquence de l'autre, alors que la notion d'habitude exclut la causalité⁷²³.

171. Assimilations prévues par l'article 132-16-2 du Code pénal⁷²⁴. Les assimilations prévues par l'article 132-16-2 sont tout aussi discutables. Le premier alinéa assimile les délits d'homicide involontaire et les délits d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur prévus par les articles 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1. L'alinéa 2 assimile quant à lui les délits prévus par les articles L. 221-2, L. 234-1, L. 235-1 et L. 413-1 du Code de la route, c'est-à-dire respectivement le fait de conduire un véhicule sans être titulaire du permis de conduire correspondant à la catégorie du véhicule considéré, le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique grave⁷²⁵, le fait de conduire un véhicule ou d'accompagner un élève conducteur en ayant fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants, et le fait de commettre un dépassement de la vitesse maximale autorisée égal ou supérieur à 50 km/h. Ces quatre derniers délits sont également assimilés aux délits mentionnés à l'alinéa 1 lorsqu'ils constituent le second terme de la récidive. Cette dernière précision est *a priori*

⁷²⁰ Créé par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

⁷²¹ Créé par la loi n°96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime

⁷²² L'assimilation entre le recel et l'infraction d'origine oblige toutefois le juge à préciser la nature de l'infraction dont découle le recel pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle (Cass. crim. 29 mai 1933 : *Gaz. Pal.* 1933, 2, p. 403 ; 30 mars 1939 : *JCP* 1940, II, 1400 ; 1^{er} févr. 1940 : *Gaz. Pal.* 1940, 1, p. 276).

⁷²³ *Infra*, n°195.

⁷²⁴ Créé par la loi n°2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la sécurité routière. V. F. LE GUNEHÉC, « Principales dispositions de la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, mobilisation générale contre les chauffards », *JCP G* 2003, Act. 318.

⁷²⁵ C'est-à-dire un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 gramme par litre ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,40 milligramme par litre.

étonnante puisqu'elle implique que l'assimilation est à sens unique. Cela peut toutefois se justifier par le fait qu'une assimilation totale, quel que soit l'ordre de commission, aurait abouti à une répression excessive : l'auteur d'un homicide aggravé, puni normalement de dix ans d'emprisonnement, aurait en effet encouru vingt ans en cas de faits commis après une première condamnation pour, par exemple, conduite sous l'empire d'un état alcoolique⁷²⁶. On remarque que si ces différentes infractions sont toutes relatives à la sécurité routière, elles sont tout de même variées. Surtout, il semble que le législateur ait choisi d'assimiler des infractions matérielles avec ce qui ressemble plutôt à des actes préparatoires. Ainsi, non seulement les qualifications sont différentes, mais les infractions ont également une structure différente. Le choix du législateur de les assimiler relève donc de la pure politique criminelle ; or, si la récidive permet de punir le délinquant plus sévèrement, c'est aussi parce qu'il n'a pas respecté l'avertissement donné⁷²⁷, mais ce dernier critère ne suffit pas à justifier l'aggravation lorsque les infractions sont très différentes. La condition d'analogie a donc pratiquement disparu et ces assimilations vont à l'encontre même de la définition de l'habitude pénale. Pourtant, on retrouve le même phénomène à l'article 132-16-4.

172. Assimilations prévues par l'article 132-16-4⁷²⁸. Cet article assimile les délits de violences volontaires aux personnes ainsi que tout délit commis avec la circonstance aggravante de violences. Cette disposition est sans doute celle qui fait l'objet du plus grand nombre de critiques, notamment en raison de sa portée, qui serait triple : assimilation des délits de violences entre eux, assimilation entre un délit de violences et un délit aggravé par la violence mais aussi assimilation entre délits aggravés par la violence (par exemple entre proxénétisme violent et vol violent)⁷²⁹.

Concernant tout d'abord l'assimilation des délits de violences entre eux, on peut s'interroger sur le domaine de ces infractions. S'il est certain que tous les délits de violences volontaires sont concernés, c'est-à-dire ceux prévus aux articles 222-9 à 222-14-1 du Code pénal dans le paragraphe intitulé « des violences », l'interprétation stricte peut faire hésiter à appliquer l'assimilation aux articles 222-15 (administration de substances nuisibles), 225-15-1 (embuscade) et 222-16 (appels téléphoniques malveillants et agressions sonores) car, si ces

⁷²⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°929.

⁷²⁷ *Infra*, n°494 et s.

⁷²⁸ Créé par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 - art. 1 JORF 13 décembre 2005

⁷²⁹ J.-F. SEUVIC, « Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive. Pluralité d'infractions : concours, récidive, réitération (art. 132-16-3 à 132-16-7 C. pén.) », *RSC* 2006, p. 354.

trois infractions figurent dans ce même paragraphe, elles n'exigent pas qu'un acte de violence soit commis. Faut-il alors se référer à leur classement formel dans le Code pénal ou à leurs éléments constitutifs ? Même si ces trois infractions sont souvent envisagées au sein des « violences » par la doctrine⁷³⁰, il semble difficile d'admettre qu'elles répondent à cette qualification si l'on s'en tient à une interprétation stricte des textes.

Quant à l'assimilation des délits aggravés par la violence, on ne peut ensuite qu'être frappé par son ampleur car la circonstance aggravante de violence est présente dans de nombreuses infractions, notamment la traite des êtres humains⁷³¹, le proxénétisme⁷³², l'exploitation de la mendicité⁷³³, le vol avec violence sans incapacité totale de travail ou avec incapacité totale jusqu'à huit jours, ou de plus de huit jours⁷³⁴, le vol devenant criminel si la violence entraîne la mutilation ou la mort⁷³⁵, l'extorsion⁷³⁶, les entraves aux libertés⁷³⁷, l'évasion⁷³⁸, etc.

En outre, un auteur a fait remarquer que le législateur n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par violence parmi les circonstances aggravantes énumérées aux articles 132-71 et suivants du Code pénal⁷³⁹, ce qui n'est pas sans susciter des problèmes d'interprétation. A ce sujet, la jurisprudence a notamment considéré que la rébellion, c'est-à-dire le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice⁷⁴⁰, ne peut pas être considérée au sens de l'article 132-16-4 du Code pénal, comme étant, au regard de la récidive,

⁷³⁰ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, traitent, au sein des atteintes à l'intégrité de la personne, des violences d'une part, et de l'administration de substances nuisibles et des appels téléphoniques malveillants d'autre part (*Droit pénal spécial, op. cit.*, n°37 et s.) ; E. DREYER, envisage l'administration de substances nuisibles et l'embuscade au sein des violences (*Droit pénal spécial, op. cit.*, n°135 et s.) mais pas les appels téléphoniques malveillants. M.-L. RASSAT distingue les violences ordinaires des violences particulières comme l'administration de substances nuisibles ou les persécutions téléphoniques (*Droit pénal spécial, op. cit.*, n°331 et s.). V. MALABAT traite quant à elle toutes ces infractions séparément (*Droit pénal spécial, op. cit.*, n°84 et s.).

⁷³¹ Art. 225-4-2 7° C. pén.

⁷³² Art. 225-7 8° C. pén.

⁷³³ Art. 225-12-6 6° C. pén.

⁷³⁴ Respectivement art. 311-4 4°, 311-5 et 311-6 C. pén.

⁷³⁵ Respectivement art. 311-7 et 311-10 C. pén.

⁷³⁶ Art. 312-2 1° et 312-8 C. pén.

⁷³⁷ Art. 431-1 al. 2 C. pén.

⁷³⁸ Art. 434-27 al. 3 et 434-32 al. 2 C. pén.

⁷³⁹ J.-H. ROBERT, « Les murailles de silicium, Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *JCP G* 2006, I, 116, spéc. n°6.

⁷⁴⁰ Art. 433-6 C. pén.

un délit commis avec la circonstance aggravante de violence⁷⁴¹. La solution peut être justifiée dans la mesure où, alors que l'article 209 de l'ancien Code pénal faisait explicitement référence à des faits de violence⁷⁴², tel n'est pas le cas du nouvel article relatif à la rébellion. La solution rendue est ainsi approuvée par certains auteurs car elle permettrait de « mieux circonscrire les éléments constitutifs du délit de rébellion en les distinguant nettement de ceux participant de l'infraction de violences volontaires »⁷⁴³. Or, l'entrave à l'exercice légitime de la force par les autorités qui en sont dotées est susceptible de recevoir une autre qualification, l'alinéa 4 de l'article 433-3 réprimant « le fait d'utiliser de menaces, violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation pour obtenir d'une personne mentionnée au premier alinéa ou au deuxième alinéa, soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ». L'interprétation de l'article 132-16-4 suscite donc de multiples interrogations.

Le législateur a ainsi profité de sa compétence en la matière pour multiplier de manière excessive les cas d'assimilations entre infractions, et la circonstance aggravante de violences en particulier. Comme si cela n'était pas suffisant, la jurisprudence tend à aggraver ce processus.

173. Interprétation stricte de la loi pénale. Traditionnellement, la jurisprudence se refusait d'étendre les cas d'assimilation car le principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁷⁴⁴ lui interdit un tel raisonnement par analogie, d'autant plus qu'une telle assimilation produit des conséquences plus sévères. La chambre criminelle avait d'ailleurs explicitement énoncé que seule la loi pouvait dresser la liste des infractions assimilées⁷⁴⁵. Elle censurait donc les décisions des juges du fond qui avaient tenté, par exemple, d'assimiler la filouterie d'aliments et le vol⁷⁴⁶, l'escroquerie et l'abus de confiance⁷⁴⁷, le détournement d'objets saisis

⁷⁴¹ Cass. crim. 8 déc. 2009 : *D.* 2010, p. 1132, note J.-L. LENNON ; *AJ pénal* 2010, p. 191, obs. C. DUPARC ; *Dr. pén.* 2010, comm. 32 obs. M. VERON et chron. 2., n°13, obs. E. GARÇON ; *RPDP* 2010, p. 119, note J.-Y. CHEVALLIER ; *Gaz. Pal.* 24-25 mars 2010, p. 21, obs. S. DETRAZ.

⁷⁴² « Toute attaque, toute résistance avec violences et voies de fait envers les officiers ministériels, les gardes champêtres ou forestiers, la force publique, les préposés à la perception des taxes et des contributions, les porteurs de contraintes, les préposés des douanes, les séquestres, les officiers ou agents de la police administrative ou judiciaire, agissant pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou jugements, est qualifiée, selon les circonstances, crime ou délit de rébellion ».

⁷⁴³ J.-L. LENNON, note sous Cass. crim. 8 déc. 2009, préc., n°9.

⁷⁴⁴ Art. 111-4 C. pén.

⁷⁴⁵ Cass. crim. 17 déc. 1943 : *Gaz. Pal.* 1944, 1, p. 96.

⁷⁴⁶ Cass. crim. 22 févr. 1895 : *Bull. crim.* n°65 ; *DP* 1896, 1, p. 137 ; 2 déc. 1898 : *DP* 1900, 1, p. 343.

et l'abus de confiance⁷⁴⁸, les coups et blessures sur un simple particulier et les violences envers les agents de la force publique⁷⁴⁹, ou encore l'extorsion de signature et l'escroquerie⁷⁵⁰.

Puis, la ligne de conduite de la chambre criminelle s'est brouillée. Tandis qu'en 2001, elle prenait l'initiative d'une assimilation en considérant que « constitue le même délit de manifestation illicite, du point de vue de la récidive, l'organisation d'une manifestation sans déclaration et l'organisation d'une manifestation ayant été interdite, infractions toutes deux prévues par l'article 431-9 du Code pénal »⁷⁵¹, en 2005 elle semblait revenir à une solution plus orthodoxe en refusant d'assimiler les délits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique et le refus de se soumettre aux vérifications destinées à établir la preuve de cet état⁷⁵². Il est vrai que dans la première affaire, la matérialité des faits est identique : il s'agit en effet d'organiser une manifestation, l'absence de déclaration et l'interdiction de la déclaration n'ayant pas d'incidence sur l'acte incriminé. En revanche, dans la seconde affaire, les actes accomplis ne sont pas matériellement identiques. Si tel est le critère qui permet de justifier la prise de liberté de la jurisprudence, il n'est pas forcément satisfaisant car l'analogie exigée dans l'habitude doit s'entendre d'une identité juridique et non d'une identité matérielle des faits. Il faudra donc attendre de nouvelles décisions pour voir si la jurisprudence respecte le principe d'interprétation stricte.

Ainsi, on a pu constater que l'objectif de répression conduit à créer sans cesse de nouvelles assimilations. Ce phénomène prend encore plus d'ampleur s'agissant de la nouvelle récidive.

174. Assimilation légale et nouvelle récidive. La loi du 10 août 2007⁷⁵³ a créé la « nouvelle récidive »⁷⁵⁴. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une personne commet trois infractions, dont les deux dernières en état de récidive légale. Dans cette situation, il faut alors distinguer deux cas. Soit les infractions commises font partie de la liste donnée par l'article

⁷⁴⁷ Cass. crim. 30 mars 1939 : *Gaz. Pal.* 1939, 2, p. 183.

⁷⁴⁸ Cass. crim. 31 mars 1900 : Bull. crim. n°138.

⁷⁴⁹ Cass. crim. 21 mars 1900 : Bull. crim. n°139. Désormais cette assimilation est autorisée par l'article 132-16-4 du Code pénal : *supra*, n°172.

⁷⁵⁰ Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°206. Désormais, cette assimilation est autorisée par l'article 132-16 du Code pénal : *supra*, n°170.

⁷⁵¹ Cass. crim. 3 avr. 2001 : Bull. crim. n°89, *RSC* 2001, p. 799, obs. B. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, somm. p. 1996, note MONNET.

⁷⁵² Cass. crim. 21 juin 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 139, obs. M. VERON.

⁷⁵³ Loi n°2007-1198 relative à la récidive des majeurs et des mineurs.

⁷⁵⁴ Sur ce point v. *supra*, n°137.

132-19-1 du Code pénal, auquel cas des sanctions particulières sont prévues : c'est la nouvelle récidive aggravée. Soit les infractions commises ne font pas partie de cette liste, auquel cas, il y aura bien juridiquement nouvelle récidive, mais sans qu'aucune sanction particulière ne soit prévue : c'est la nouvelle récidive simple.

Les infractions concernées par la nouvelle récidive aggravée sont limitativement énumérées à l'article 132-19-1 : il s'agit des violences volontaires, des délits commis avec la circonstance aggravante de violence, des agressions ou atteintes sexuelles et des délits punis de dix ans d'emprisonnement. Cette liste est exhaustive, de sorte que les juges ne peuvent pas relever l'état de nouvelle récidive « aggravée » lorsque l'infraction est, par exemple, un vol simple. La Cour de cassation veille d'ailleurs consciencieusement à l'application de cette règle. Par exemple, dans une affaire, une personne avait été condamnée définitivement pour vol par un jugement du 20 mars 2003, et pour vol en récidive par un jugement du 2 octobre 2006. Puis, elle a été poursuivie des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants et tentative de vol aggravé, ce dernier délit ayant été commis en récidive du fait de la condamnation de 2006. Les juges du fond ont relevé l'existence des deux condamnations précitées et en ont déduit que le prévenu se trouvait en état de récidive aggravée. La chambre criminelle a considéré, au visa de l'article 132-19-1 alinéa 7 du Code pénal, que l'état de récidive aggravée ne pouvait pas être retenu en l'espèce puisque l'infraction de vol ne faisait pas partie de la liste donnée par l'article précité. Elle a donc logiquement censuré cette décision⁷⁵⁵. Il y avait bien une infraction commise une nouvelle fois en situation de récidive légale puisque l'auteur avait commis trois infractions ; cependant, il n'y avait pas récidive légale aggravée⁷⁵⁶.

Même si le domaine de la nouvelle récidive aggravée peut sembler restreint, il est en réalité très étendu, car l'article 132-16-4 a ici une portée considérable. Si le nombre d'infractions assimilées est immense lorsque l'on compare deux infractions, il est alors encore plus grand en présence de trois infractions. Par exemple, une personne commet un proxénétisme aggravé par la violence, et est condamnée pour cette infraction ; puis, elle commet dans un certain délai des violences volontaires de nature délictuelle. Elle est alors condamnée en état de récidive puisque l'article 132-16-4 du Code pénal assimile les violences

⁷⁵⁵ Cass. crim. 3 déc. 2008 : Bull. crim. n°245 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 31, obs. M. VERON, et chron. 3, n°4, obs. E. GARÇON ; RSC 2010, p. 126, n°2, Chronique de jurisprudence par E. FORTIS.

⁷⁵⁶ V. également en matière de vol : Cass. crim. 31 mars 2009 : inédit, pourvoi n°08-84898.

volontaires et les délits commis avec la circonstance aggravante de violence⁷⁵⁷. Elle commet enfin une troisième infraction : un vol aggravé par la violence. L'état de nouvelle récidive aggravée sera alors bien constitué. Ce qui est frappant dans cette hypothèse, c'est la disparité des infractions entre elles : d'un point de vue matériel, les actes sont très différents, de même que la valeur protégée n'est pas identique. Des infractions dénuées de tout rapport sont ainsi considérées par la loi comme des infractions assimilées, ce qui est critiquable.

β) Critiques de l'assimilation

175. Critique du recours à la fiction juridique. D'abord, le recours à la fiction juridique est en soi critiquable, car il s'agit d'une altération de la réalité, une extension illégitime du concept de récidive⁷⁵⁸. Comme l'a énoncé JHERING, « toute fiction, à cause de son imperfection même, avertit la science d'avoir à chercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait »⁷⁵⁹. Il est évident que le droit pénal se détache ici de la réalité matérielle dans un but répressif, car selon le législateur, la protection des intérêts de la société contre les récidivistes ayant commis certaines infractions doit prévaloir sur la rectitude juridique⁷⁶⁰.

176. Utilisation d'un critère criminologique ? On pourrait penser que le législateur choisit d'apparenter différents délits en fonction d'une ressemblance criminologique. Or cette dépendance criminologique ne semble pas particulièrement pertinente, ce que ne manque pas de faire remarquer la doctrine : « criminologiquement on ne peut manquer d'être frappé par l'erreur d'appréciation que constitue l'assimilation de la violence que sont le vol et l'extorsion violente avec les infractions astucieuses de chantage, d'escroquerie et d'abus de confiance alors qu'on ne voit jamais en pratique un voleur devenir escroc et inversement »⁷⁶¹. L'assimilation la plus critiquable est sans doute celle qui existe entre tous les délits assortis de

⁷⁵⁷ *Supra*, n°172.

⁷⁵⁸ Comp. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n°4-2 : « certaines fictions modifient directement la compréhension d'un concept parce que leur présence rompt le lien existant entre sa définition et son fondement naturel, elles réalisent une extension du concept qu'elles altèrent en sorte qu'elles apparaissent comme une application nouvelle et distincte de celui-ci ».

⁷⁵⁹ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd., Paris, Marescq, t. IV, 1888, p. 297.

⁷⁶⁰ Comp. P. LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 583, n°27 : « Le droit ne tend vers la vérité, sans avoir du reste l'illusion de la saisir et le pouvoir de la faire régner, que lorsque, se détachant de ses préoccupations positives immédiates, il s'inquiète de ce qui lui est supérieur : les principes immuables de la morale sociale ».

⁷⁶¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°502.

la circonstance aggravante de violence car un tel lien semble totalement artificiel. Certains auteurs ne semblent à l'inverse pas interpellés par cette assimilation, du moins quant à sa cohérence criminologique, voire juridique⁷⁶². Le critère de l'assimilation tiendrait alors à « l'identité des valeurs protégées, les infractions concernées relevant d'un principe d'incrimination fondé sur la même préoccupation de défense sociale, ce qui légitime l'approche unitaire des qualifications en cause »⁷⁶³.

Ces exemples sont sans doute la preuve que le droit pénal prend parfois ses distances avec la criminologie⁷⁶⁴. Néanmoins, conception juridique et criminologie ne sont pas forcément incompatibles. Là où pêche la conception criminologique c'est lorsqu'elle fait de la dangerosité l'unique critère de l'habitude car elle rend, ce faisant, la répression de l'habitude trop aléatoire et contraire au principe même de légalité ; cela ne veut pas dire pour autant qu'en fixant des règles, le droit pénal ne peut pas s'inspirer de considérations criminologiques. Toutefois, non seulement ces assimilations sont en décalage avec la réalité criminologique, mais leur multiplication tend vers une généralisation de la récidive et donc une perte d'intérêt de la récidive spéciale.

177. Perte d'intérêt de la récidive spéciale. Certains auteurs critiquent la multiplication des assimilations⁷⁶⁵ : « les conséquences d'une assimilation aussi extensive, outre les critiques qu'elles suscitent eu égard au principe de la légalité, nous paraissent inopportunes au plan de la politique criminelle en rendant la récidive correctionnelle quasi-générale et en mêlant dans ce mécanisme d'aggravation de la peine des types de délinquance trop éloignés pour obéir aux mêmes causes et justifier les mêmes remèdes »⁷⁶⁶. Cette critique peut être renforcée en ce que cette assimilation tend à faire de la récidive spéciale une récidive générale⁷⁶⁷, ce qui va à l'encontre de la conception classique de la récidive. En réalité, tout est

⁷⁶² En ce sens : M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n°283, selon laquelle les infractions assimilées protègent le même bien juridique.

⁷⁶³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°478.

⁷⁶⁴ V. à ce sujet F. FIECHTER-BOULVARD, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de « dangerosité » », *Arch. pol. crim.* n°31, 2009, p. 265.

⁷⁶⁵ Notamment A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°120 et s.

⁷⁶⁶ D. THOMAS, « Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1119, spéc. p. 1123.

⁷⁶⁷ En ce sens : A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°123.

C'est le phénomène inverse de celui qui existait en matière de récidive contraventionnelle sous l'empire de l'ancien Code pénal. La récidive contraventionnelle était en principe générale, mais tellement de textes avaient

causé par la volonté répressive du législateur : techniquement, la récidive spéciale perd de sa spécificité et donc de son intérêt puisque une grande partie des délits les plus fréquemment accomplis sont assimilés. Selon la loi, les délits énumérés doivent en effet être considérés « comme une même infraction », mais le recours à cette fiction juridique conduit à constater que l'analogie pure et simple est désormais réduite à peau de chagrin.

C'est sans doute pour cela qu'un auteur a proposé d'abandonner toute référence à la commission d'un même délit ou d'un délit assimilé, autrement dit de supprimer la récidive spéciale au profit de la récidive générale⁷⁶⁸. Cette idée a effectivement le mérite de « simplifier les choses ». Toutefois, il semble que la condition d'analogie doive être maintenue, surtout pour les délits les moins graves, car l'identité des comportements répétés est l'essence même de l'habitude.

178. Bilan sur l'analogie absolue. La condition d'analogie tend donc de plus en plus à être contournée en droit positif. Ce phénomène est parfois compensé par l'existence d'un lien procédural entre les infractions, qui constituera alors un fondement solide de l'habitude⁷⁶⁹. Ce lien procédural permettra aussi de justifier que dans certains cas, une simple analogie de fait entre les comportements suffise.

b) Une analogie de fait

179. Utilité de la réitération. En matière de réitération, la loi n'exige pas de condition d'analogie entre les infractions. En effet, l'article 132-16-7 du Code pénal définit la réitération comme l'hypothèse dans laquelle une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit⁷⁷⁰ et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale. Cela signifie qu'il manque soit la condition de spécialité – c'est-à-dire l'analogie entre les deux infractions –, soit la condition de délai⁷⁷¹, soit les deux. Matériellement, la réitération sera donc constituée si les comportements sont identiques ou assimilés mais que la condition de délai n'est pas remplie. Par exemple, si une personne déjà

institué des récidives spéciales dans des domaines les plus divers (circulation routière, travail, santé publique, chasse, pêche, ivresse...), que l'on pouvait se demander si la spécialité n'était pas devenue la règle : v. à ce sujet J. SALVAIRE, « La récidive des contraventions est-elle générale ou spéciale ? », *JCP* 1961, I, 1652.

⁷⁶⁸ E. CAMOUS, « Un droit de la récidive en quête de cohérence », *Dr. pén.* 2009, étude 3, n°23.

⁷⁶⁹ *Infra*, n°238 et s.

⁷⁷⁰ Il n'y a donc pas réitération si la première infraction est une contravention.

⁷⁷¹ Sur la condition de délai en matière de récidive : v. *infra*, n°214 et s.

condamnée pour escroquerie commet une nouvelle escroquerie dix ans après avoir fini de purger la peine prononcée pour la première infraction, elle sera en état de réitération. *De facto*, les infractions sont juridiquement identiques, mais cette personne aurait très bien pu être en état de réitération en commettant un vol puis des violences involontaires délictuelles. C'est précisément l'intérêt de l'institution de réitération que de pallier les « défaillances » de la récidive. L'analogie n'est donc pas juridique, elle est purement factuelle : en ce sens, elle n'est donc pas une condition d'existence de la réitération. C'est également le cas dans le concours réel.

180. Concours homogène et concours hétérogène. En droit positif, le législateur n'exige pas pour la constitution du concours réel que les différentes infractions soient unies par un lien d'analogie. Au contraire, il peut s'agir de n'importe quelles infractions. Tant les comportements que les valeurs protégées peuvent être diamétralement opposés. Ainsi, le concours réel ne semble pas pouvoir recevoir la qualification d'habitude lorsque les infractions ne sont pas analogues. La notion d'habitude devrait donc être réservée au concours homogène, c'est-à-dire lorsque les infractions sont identiques. Il faudrait alors distinguer deux cas de concours réel : d'une part le concours réel homogène constitué par des infractions identiques, et d'autre part le concours hétérogène constitué par des infractions différentes.

En réalité, cette distinction existe déjà en droit positif lorsque le législateur prévoit une peine aggravée pour la commission habituelle d'une infraction, c'est-à-dire pour le concours homogène aggravant. Cependant, seules certaines infractions sont concernées⁷⁷² par cette sanction particulière. Dans les autres cas, le fait de répéter la même infraction n'a aucune incidence, et l'auteur du concours encourt les mêmes peines que pour le concours hétérogène, alors qu'il révèle une criminalité particulière⁷⁷³. C'est la raison pour laquelle il sera proposé de généraliser l'aggravation de peine à tous les concours homogènes⁷⁷⁴.

Ainsi, qu'il s'agisse de la réitération ou du concours réel hétérogène, la condition d'analogie entre les comportements n'existe pas. Ces deux institutions semblent donc à la limite de la notion d'habitude. Mais parfois, l'analogie ne tient pas au contenu des comportements répétés mais à leur gravité.

⁷⁷² Pour la liste, v. *supra*, n°16.

⁷⁷³ *Infra*, n°422.

⁷⁷⁴ *Infra*, n°454 et s.

B. Analogie par la gravité du comportement

181. Notion de récidive générale. En matière de récidive, il arrive que le législateur n'exige pas que les infractions soient identiques par leur nature : elles doivent alors simplement être équivalentes par leur gravité. Ainsi, la récidive est dite générale lorsque la loi n'exige pas pour sa constitution que la seconde infraction soit identique à la première. Pour mieux comprendre cette catégorie de récidive et vérifier son appartenance à l'habitude, il convient de présenter les fondements de la répression de la récidive générale (1) avant d'envisager les différents cas existants en droit positif (2).

1. Les fondements de la répression de la récidive générale

182. Doctrine. La doctrine classique était assez partagée sur le point de savoir s'il fallait que la seconde infraction soit de la même nature que la première, ou non. En faveur de la récidive spéciale, l'on pourrait prétendre que la réitération du même fait dénote seule l'habitude du délit et peut, seule, constituer le malfaiteur de profession. En faveur de la récidive générale, d'autres ont avancé que l'on ne peut pas laisser impunie la récidive générale qui prouve l'insensibilité du délinquant à la peine ordinaire, et doit être punie plus sévèrement que la récidive spéciale⁷⁷⁵.

183. Justification de la distinction entre récidive générale et récidive spéciale. Le caractère général des récidives les plus graves et le caractère spécial des récidives de moindre gravité se justifieraient alors par le fait que l'auteur d'une infraction moyennement grave n'est dangereux que s'il réitère une infraction analogue, tandis que la répétition d'infractions graves traduit la dangerosité de celui qui les commet⁷⁷⁶. Pourtant, deux arguments permettent de contester cette affirmation. D'une part, les criminologues affirment qu'il n'y a pas de correspondance certaine entre la gravité de l'infraction et l'état dangereux. Il arrive ainsi souvent qu'un délinquant épuise son caractère dangereux avec la perpétration d'un acte très

⁷⁷⁵ R. GAROFALO, *La criminologie*, éd. Félix Alcan, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 5^{ème} éd., 1905, p. 357 : « Pour nous au contraire, un homme qui, après avoir été voleur, devient meurtrier, donne une preuve incontestable qu'il ne possède pas plus le sentiment de pitié que celui de probité, c'est-à-dire qu'il est dépourvu de tout sentiment altruiste fondamental, qu'il est donc tout à fait insociable, et que, par conséquent, l'élimination doit être absolue ».

⁷⁷⁶ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°117 ; A. LEGAL, « Les conditions et effets de la récidive », *RSC* 1937, p. 599, spéc. p. 605

grave, tandis que, au contraire, les circonstances d'un délit de minime importance sont singulièrement révélatrices du danger qu'il peut faire courir à ses semblables⁷⁷⁷. D'autre part et surtout, dans certains cas de récidive générale, la seconde infraction est de très faible gravité.

2. Les cas de récidive générale

184. Distinction selon l'auteur de la récidive. Les règles de la récidive générale ne sont pas exactement les mêmes, selon qu'il s'agit des personnes physiques (a) ou des personnes morales (b).

a) La récidive générale des personnes physiques

185. La gravité des infractions : critère des différents cas de récidive. C'est selon la gravité de la première et de la seconde infraction que l'on va se situer dans l'un des différents cas de récidive⁷⁷⁸. De manière classique, le législateur n'a pas prévu de récidive pour la personne qui, déjà condamnée pour un délit, commet ultérieurement un crime. Cette exclusion semble justifiée par le fait que la peine légalement encourue pour la seconde infraction est nécessairement plus grave que pour la précédente, et donc que le juge dispose d'une latitude suffisante pour assurer une répression efficace⁷⁷⁹. Cette absence de récidive est donc intéressante car elle rompt le lien entre récidive et habitude criminelle. En effet, celui qui passe d'un délit à un crime peut être considéré comme plus dangereux que celui qui passe d'un crime à un délit, puisque dans le premier cas la gravité des infractions commises est croissante ; pourtant, le droit pénal n'envisage la récidive que pour le second cas. La récidive générale n'est ainsi envisageable que lorsque la seconde infraction est d'une gravité équivalente ou inférieure à la première. Cela concerne la récidive de crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement à crime, et à délit.

186. Récidive de crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement à crime. Selon l'article 132-8 du Code pénal, « lorsqu'une personne physique, déjà condamnée

⁷⁷⁷ J. PINATEL, *Criminologie, op. cit.*, n°316.

⁷⁷⁸ *Supra*, n°161.

⁷⁷⁹ Cass. crim. 22 janv. 1852 : S. 1852, 1, p. 277 ; 6 janv. 1881 : S. 1882, 1, p. 281.

définitivement pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet un crime⁷⁸⁰, le maximum de la peine de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle est la perpétuité si le maximum fixé par la loi pour ce crime est de vingt ou trente ans. Le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle si le crime est puni de quinze ans ». Dans ce cas, les actes commis ne sont pas strictement analogues par leur contenu, puisque la loi n'exige pas qu'il s'agisse de la même infraction ou d'une infraction assimilée, mais ils sont tout de même unis par une certaine similarité quant à leur gravité criminelle.

187. Récidive de crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement à délit. Dans cette seconde hypothèse, la première infraction est la même que dans le cas précédent, c'est-à-dire un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement. C'est la gravité de la seconde qui diffère, en ce qu'elle est inférieure. Ici, on distingue deux cas. L'alinéa 1 de l'article 132-9 prévoit le cas où la seconde infraction est un délit puni de la même peine et l'alinéa 2 celui où la seconde infraction est un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à dix ans mais supérieure à un an⁷⁸¹. Dans ce dernier cas, le fait que la récidive soit constituée n'emporte pas forcément l'adhésion car la seconde infraction est beaucoup moins grave que la première : il n'y a donc ni analogie de qualification, ni analogie de gravité⁷⁸². Par exemple, si une personne ayant commis le crime de sabotage⁷⁸³ est condamnée, puis commet dans un certain délai l'infraction de dissimulation forcée du visage⁷⁸⁴, elle est en état de récidive légale, alors que ces deux comportements ne sont ni analogues par leur qualification, ni par leur gravité. De même, un auteur a donné l'exemple d'un ascendant qui, peu de temps après avoir été condamné pour une agression sexuelle aggravée autre que le viol (et encourt alors dix ans d'emprisonnement⁷⁸⁵) cause un accident et se rend coupable d'un homicide ou de violences

⁷⁸⁰ Sur l'absence de délai : v. *infra*, n°232.

⁷⁸¹ Sur les délais dans ces hypothèses : v. *infra*, n°215.

⁷⁸² Un auteur propose même d'abroger cette hypothèse de récidive, car elle ne respecte pas le principe selon lequel il faudrait une progression ou une stagnation dans la gravité des infractions commises (A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français, op. cit.*, n°240).

⁷⁸³ Art. 411-9 C. pén. : « Le fait de détruire, détériorer ou détourner tout document, matériel, construction, équipement, installation, appareil, dispositif technique ou système de traitement automatisé d'informations ou d'y apporter des malfaçons, lorsque ce fait est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende ».

⁷⁸⁴ Art. 225-4-10 C. pén. (créé par la loi n°2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public) : « Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

⁷⁸⁵ Art. 222-30 2° C. pén.

involontaires. La récidive est alors critiquable car il n'y a aucun rapport criminologique entre ces infractions⁷⁸⁶. Certaines hypothèses de récidive générale des personnes physiques sont donc contestables parce qu'elles ne répondent pas aux critères de l'habitude pénale. Certains cas de récidive des personnes morales encourent la même critique.

b) La récidive générale des personnes morales

188. Cas de récidive. L'article 132-12 du Code pénal prévoit que « lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros d'amende, engage sa responsabilité pénale par un crime, le taux maximum de l'amende applicable est égal à dix fois celui qui est prévu par la loi qui réprime ce crime ». Quant à l'article 132-13 alinéa 1 du Code pénal, il prévoit que lorsque la première infraction est un crime ou un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros d'amende, la seconde infraction est un délit puni de la même peine⁷⁸⁷. L'alinéa 2 prévoit également le cas où la seconde infraction est un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'amende supérieure à 15 000 euros. On peut formuler ici les mêmes remarques que celles faites en ce qui concerne les personnes physiques : il peut y avoir une grande disparité dans la gravité des infractions, ce qui paraît critiquable. Toutefois, à l'inverse de la récidive des personnes physiques, le Code pénal prévoit pour les personnes morales, un cas de récidive dans lequel la seconde infraction peut être plus grave que la première. En effet, selon l'article 132-12, l'état de récidive peut être constitué alors que la première infraction est un délit et la seconde un crime.

189. Conclusion sur le lien d'analogie. L'analogie entre les comportements répétés constitue le fondement le plus important de l'habitude. C'est en effet essentiellement parce qu'ils ont la même qualification juridique que le droit pénal traite les comportements répétés par une personne au sein d'une même entité juridique, dans le but de lui attribuer une sanction spécifique. Selon les institutions d'habitude concernées, cette analogie est plus ou moins intense, ce qui aura une influence sur leurs sanctions respectives⁷⁸⁸. Si elle est absolue dans

⁷⁸⁶ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1409, note de bas de page n°239.

⁷⁸⁷ Sur le délai : v. *infra*, n°216.

⁷⁸⁸ *Infra*, n°422 et s.

l'infraction d'habitude et la récidive spéciale, elle est parfois plus relative. En effet, dans un but répressif, le législateur se contente parfois d'infractions qui n'ont pas la même qualification juridique pour former une habitude. C'est notamment le cas lorsque le Code pénal prévoit que certaines infractions sont considérées comme une même infraction au regard de la récidive. Dans ces hypothèses, le législateur assimile des infractions afin d'étendre le domaine juridique de la récidive ; ce faisant, il dénature l'institution qui, parfois, ne répond plus à la définition de l'habitude pénale. Il arrive également que l'analogie ne soit pas exigée en droit, comme en matière de réitération – auquel cas l'existence d'une condamnation entre les infractions permettra de compenser cette absence d'analogie juridique – ou de concours réel. Parfois, ce n'est pas l'identité de qualifications juridiques des comportements répétés mais leur gravité similaire qui va justifier leur regroupement au sein de l'habitude. La notion d'habitude est donc principalement fondée sur la qualité du lien unissant les comportements : l'analogie. Or, toujours dans cette logique de définition qualitative, il apparaît qu'un autre lien, le lien de causalité entre les comportements, ne peut, à l'inverse du lien d'analogie, faire partie de la définition de l'habitude. En d'autres termes, s'il ne fait aucun doute que l'habitude est fondée sur l'analogie des comportements répétés, elle n'est en revanche pas fondée sur la causalité pouvant exister entre ces comportements.

§ 2 : L'absence de lien de causalité entre les comportements

190. Précisions sur la causalité. Pour que les comportements répétés puissent former une habitude, ils ne doivent pas être unis par un lien de causalité. L'affirmation doit toutefois être bien comprise. Il ne s'agit pas d'étudier les éléments constitutifs d'une infraction et de se demander si l'acte accompli par l'agent a bien causé le résultat légal de l'infraction, mais de vérifier que les comportements répétés ne sont pas unis par un lien de cause à effet, autrement dit que le second n'est pas la conséquence du premier. Or, la causalité peut s'entendre de deux manières différentes. D'abord, la causalité est objective lorsque matériellement, le deuxième comportement est la conséquence du premier. En pareil cas, l'habitude semble exclue car si deux comportements sont liés par une causalité matérielle, il semble difficile de les considérer comme autonomes, et donc comme répétés. L'habitude requiert donc une absence de causalité objective entre les comportements (A). Ensuite, la causalité est subjective lorsque, dans l'esprit de l'agent, les comportements font partie d'un même dessein criminel. L'existence d'un tel lien entre les comportements n'est, quant à elle, pas incompatible avec l'habitude

mais elle ne constitue pas le fondement de l'union des comportements : elle est simplement indifférente (B).

A. L'absence de causalité objective

191. Variabilité des conséquences de la causalité objective. En droit positif, l'absence d'un lien de causalité objective entre deux comportements n'a pas les mêmes conséquences selon que l'on est en présence de comportements licites (1) ou illicites (2).

1. L'absence de causalité entre comportements licites

192. Absence de causalité entre les actes de l'infraction d'habitude. Les actes répétés de l'infraction d'habitude doivent être identiques⁷⁸⁹, mais ils ne doivent pas entretenir entre eux de lien de causalité. Cette affirmation a été confirmée par la Cour de cassation. Le dirigeant d'une société, qui n'avait pas la qualité d'avocat, s'était présenté aux côtés d'un artisan devant le tribunal de commerce de Caen lors de deux audiences, l'une le 30 novembre 2006 et l'autre le 24 janvier 2007. A la clôture des débats de la seconde audience, le représentant du ministère public l'avait interpellé et avait dressé procès-verbal pour exercice illégal de la profession d'avocat⁷⁹⁰. Rappelons que l'exercice illégal des actes relevant du monopole des avocats est une infraction d'occasion consommée par un seul acte, tandis que l'accomplissement illégal d'actes relevant du domaine partagé entre avocats et non-avocats est une infraction d'habitude⁷⁹¹, consommée par deux actes⁷⁹². S'agissant d'une procédure devant le tribunal de commerce, l'article 853 du Code de procédure civile autorise la personne à se faire assister ou représenter par toute personne de son choix⁷⁹³. Toutefois, la Cour de cassation rappelle qu' « il est admis que la faculté pour une partie de se faire assister ou représenter, devant le tribunal de commerce, par une personne de son choix ne peut avoir pour effet de déroger au principe suivant lequel seuls les avocats peuvent assumer ces fonctions à

⁷⁸⁹ *Supra*, n°153.

⁷⁹⁰ Il l'avait par la suite poursuivi du chef de ce délit commis en état de récidive.

⁷⁹¹ *Supra*, n°109.

⁷⁹² *Supra*, n°103.

⁷⁹³ « Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix. Le représentant, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial ».

titre habituel »⁷⁹⁴. Cette assistance ou représentation ne relève donc pas du monopole des avocats et n'est pas répréhensible, à condition de ne pas être habituelle. L'infraction était ici une infraction d'habitude, et comme le prévenu avait assisté l'artisan à deux reprises, on pouvait légitimement penser que l'habitude était consommée. Or, la Cour d'appel a jugé que le caractère habituel de l'exercice reproché au prévenu n'était pas établi par la succession, dans une seule et même procédure, de deux interventions, la deuxième étant la suite logique et obligatoire de la première. La chambre criminelle a approuvé cette solution dans un arrêt du 21 octobre 2008⁷⁹⁵. En l'espèce, le premier acte consistait en l'assistance à l'audience d'ouverture de la période d'observation dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, et le second en l'assistance à l'audience marquant la suite de la procédure d'observation, étape obligatoire dans le cadre des procédures collectives⁷⁹⁶. La période d'observation étant ouverte en vue d'établir un bilan économique, ces objectifs ne peuvent être discutés qu'à l'occasion d'une seconde audience à la fin du délai d'observation : il y a donc une suite logique entre les deux actes empêchant de caractériser l'habitude. Cette solution peut en outre s'expliquer par un autre argument. L'exigence de l'habitude sert ici à sanctionner ceux qui accompliraient des actes de la compétence des avocats à titre *professionnel*, c'est-à-dire avec plusieurs clients ou dans des procédures différentes⁷⁹⁷, ce qui n'était pas le cas ici.

Ainsi, lorsque deux comportements sont unis par un lien de causalité, ils semblent former un tout indivisible, de sorte qu'à eux deux, ils ne peuvent compter que pour un seul comportement. Le fait de considérer ces deux actes comme un tout empêche donc logiquement de caractériser la répétition caractéristique de l'habitude. L'existence d'un lien de causalité entre les comportements licites constitue donc un obstacle à la formation de l'habitude. Cette idée est aisément transposable aux comportements illicites.

2. L'absence de causalité entre comportements illicites

193. Influence de la condamnation pénale. S'agissant des comportements en eux-mêmes constitutifs d'une infraction pénale, le lien de causalité entre ces infractions ne se

⁷⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ. 7 avr. 1999 : *D.* 1999, p. 119 ; *RTD civ.* 1999, p. 698, obs. R. PERROT ; *JCP G* 1999, I, 10107, note R. MARTIN.

⁷⁹⁵ Cass. crim. 21 oct. 2008 : *Bull. crim.* n°211 ; *AJ pénal* 2009, p. 31, obs. G. ROYER ; *D.* 2009, p. 44, note P. CHAUMONT et E. DEGORCE et p. 1067, note B. LAPÉROU-SCHENEIDER.

⁷⁹⁶ Art. 621-6 C. com.

⁷⁹⁷ *Supra*, n°156.

traduit pas de la même manière selon que les comportements sont séparés par une condamnation pénale (a) ou non (b).

a) En présence d'une condamnation pénale

194. Manifestation de la causalité. En matière de récidive, il a été vu que la condition d'analogie est entendue assez soupagement, et qu'il est possible que la récidive soit constituée même si la seconde infraction n'est pas identique à la première⁷⁹⁸. Pour que la récidive soit constituée, il faut toutefois que les deux infractions ne soient pas liées par un lien de causalité⁷⁹⁹. Autrement dit, elles doivent être indépendantes l'une de l'autre. *A priori*, il est difficilement concevable que la seconde infraction constitue la suite ou la conséquence de la première. Pourtant, cela est possible : on peut ainsi considérer que celui qui rompt le ban ou commet une infraction à l'interdiction de séjour le fait en raison de la condamnation pénale antérieure et des peines qu'il avait subies. Par conséquent, ces infractions pourraient être considérées comme en quelque sorte causées par la condamnation prononcée pour la première infraction. Or, la jurisprudence a toujours considéré que ces infractions ne pouvaient pas constituer le second terme de la récidive⁸⁰⁰. Aujourd'hui, la même solution existe en matière d'évasion, puisque l'évasion ne constitue pas le second terme de la récidive d'une condamnation en cours d'exécution lors de sa commission⁸⁰¹. Cette idée est traditionnellement justifiée par le fait que tout homme a le droit de rechercher la liberté, et que l'on ne peut pas lui infliger une peine plus sévère pour cette infraction. On considère, en effet, que l'infraction correspond spécifiquement au désir de se soustraire à l'exécution d'une peine et non à une volonté de réitérer un comportement délinquant⁸⁰². En définitive, lorsque la seconde infraction est « causée » par l'existence d'une condamnation pour une première infraction, l'état de récidive n'est pas constitué car il n'y a pas habitude. On retrouve cette logique dans les cas où les comportements ne sont pas séparés par une condamnation.

⁷⁹⁸ V. *supra*, n°168 et s. pour l'assimilation légale, et n°181 et s. pour la récidive générale.

⁷⁹⁹ F. HELIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, t. 1, Librairies techniques, 6^{ème} éd. mise à jour par F. et J. Brouchet, 1954, n°160 : « la récidive n'existe que si les infractions qui ont donné lieu aux deux condamnations sont indépendantes l'une de l'autre ».

⁸⁰⁰ Cass. crim. 20 juill. 1854 : *DP* 1854, 1, p. 304 ; 24 juill. 1879 : *DP* 1880, 5, p. 318 ; 4 déc. 1886 : *DP* 1887, 1, p. 239 ; 19 déc. 1891 : *S.* 1892, 1, p. 47.

⁸⁰¹ Cass. crim. 14 avr. 1864 : *S.* 1864, 1, p. 376 ; CA Lyon 2 janv. 1884 : *DP* 1886, 2, p. 40 ; CA Paris 24 mai 1886 : *DP* 1888, 5, p. 412.

⁸⁰² P. BEAU, *Rép. pén. Dalloz*, v° Evasion, 2008, n°83.

b) En l'absence de condamnation pénale

195. Absence de lien de corrélation. Le concours réel ne requiert pas d'analogie entre les infractions, sauf dans le cas du concours homogène aggravé⁸⁰³, ce dont il a été déduit que seuls les concours réels homogènes peuvent constituer une habitude⁸⁰⁴. Il existe donc des hypothèses d'aggravation dans lesquelles cette analogie n'existe pas. C'est notamment le cas lorsque le législateur fait de deux infractions distinctes et non identiques une seule infraction aggravée⁸⁰⁵, comme par exemple le meurtre qui suit, accompagne ou précède un autre crime. Surtout, l'on peut penser à la circonstance de corrélation, caractérisée lorsqu'une infraction constitue le moyen de commettre une autre. Ce lien de corrélation prend deux formes : la première infraction a été commise soit afin préparer ou favoriser une autre infraction, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un délit⁸⁰⁶. Le fondement de cette circonstance de corrélation est ainsi fort différent de celui de l'habitude en ce qu'il implique une causalité entre les infractions. Il est toutefois théoriquement envisageable que la seconde infraction soit de même nature que la première qui en a permis la réalisation : par exemple, une personne peut tuer le garde du corps d'une personne célèbre afin de préparer ou de favoriser le meurtre de cette personne. Pourtant, en pareille hypothèse, la causalité n'est pas objective mais subjective car le second meurtre n'a pas été matériellement causé par le premier ; il en est simplement la conséquence dans l'esprit de l'auteur. En réalité, l'existence d'un lien de causalité matérielle entre les infractions⁸⁰⁷ est incompatible avec la condition d'analogie dans la mesure où il est difficilement concevable qu'une infraction cause matériellement une infraction identique. Les seuls cas dans lesquels une infraction est objectivement causée par une autre impliquent que les infractions

⁸⁰³ *Supra*, n°180.

⁸⁰⁴ *Supra*, n°180.

⁸⁰⁵ *Supra*, n°64.

⁸⁰⁶ Art. 221-2 al. 2 ; 224-4 al. 1 ; 441-2 3° C. pén.

⁸⁰⁷ Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle où le délinquant, par un *unique* acte matériel, commet une infraction pour en réaliser une autre, auquel cas il s'agit d'un concours de qualifications et non pas d'un concours réel. Dans ce cas, la doctrine considère que l'infraction de moyen est absorbée par l'infraction-fin (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°236 ; E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, 197 et s., 226 et s. ; J.-A. ROUX, note sous Cass. crim. 29 mars 1900 : S. 1902, 1, p. 297). La jurisprudence décide par exemple que lorsqu'un faux est commis afin de réaliser une escroquerie, la qualification d'escroquerie est préférée à celle de faux (Cass. crim. 26 mai 1976 : Bull. crim. n°181 ; D. 1976 IR 196). De même, la commission d'une même infraction est parfois la cause de la commission d'une autre : par exemple, l'auteur d'un meurtre est souvent receleur du cadavre, mais la jurisprudence considère que le meurtre ne peut pas être aggravé par le recel du cadavre au motif que « au regard de l'auteur de l'homicide, le fait d'avoir recelé ou caché le cadavre de la victime, qui n'est que la suite de ce crime, ne peut jamais prendre le caractère d'un délit distinct de l'homicide volontaire » (Cass. crim. 21 sept. 1815 : Bull. crim. n°50 ; 16 juill. 1956 : Bull. crim. n°242, RSC 1957, p. 139, obs. L. HUGUENEY).

concernées soient de nature différente : les infractions de conséquence sont, par hypothèse, d'une nature différente de celle de l'infraction d'origine. Ainsi, que les comportements répétés soient licites ou non, ils ne formeront pas une habitude s'ils sont unis par un lien de causalité objective. En effet, lorsque le deuxième comportement est la conséquence du premier, il n'y a pas à proprement parler répétition de comportements et donc habitude. Si l'existence d'un rapport de causalité objective entre les comportements empêche donc de les regrouper dans une habitude, l'existence d'une causalité subjective reste simplement indifférente.

B. L'indifférence à la causalité subjective

196. Définition de la causalité subjective. De prime abord, il est tentant de considérer que l'union des comportements au sein de l'habitude repose sur une causalité subjective qui unirait les comportements : ils devraient ainsi être traités ensemble car dans l'esprit de l'agent, ils concourent tous à la réalisation du même objectif, ils sont unis par le même dessein criminel.

197. Unité de dessein et infraction « continuée »⁸⁰⁸. La notion d'unité de dessein⁸⁰⁹ trouve son origine dans le concept d'infraction continuée. L'infraction continuée est une invention de la doctrine pour caractériser la réitération, dans un dessein délictueux unique, de

⁸⁰⁸ L'infraction continuée fait l'objet de nombreuses appellations différentes en doctrine : « infraction collective par unité de but » (P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1963, t. 1, *Droit pénal général*, n°196 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°211 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^{ème} éd., 1947, n°188) ou « infraction instantanée à exécution successive » (F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°442). Sans en citer le nom, ORTOLAN décrivait déjà l'infraction continuée en parlant d'une « unité de conception, de résolution et de but les relie [ces actes] en un seul et même délit que l'on peut qualifier de délit continu ou successif (J. ORTOLAN, « Des délits continus, autrement dits successifs, et des délits d'habitude », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, t. IV, p. 323). Ces différences seraient justifiées par des raisons historiques : v. A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, *op. cit.*, n°420 et V. SOLNAR, « La notion d'infraction continuée sur la base du droit pénal comparé », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, p. 329. On s'en tiendra ici à la dénomination infraction continuée, car c'est ainsi que la jurisprudence la qualifie, et la doctrine contemporaine semble s'accorder sur cette appellation : v. par ex. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°187 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°259.

⁸⁰⁹ Une partie de la doctrine utilise cette dénomination (notamment R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, *op. cit.*, n°236), mais elle est parfois appelée unité de but (H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, *op. cit.*, n°188), unité de conception et de but (surtout en droit belge : J. J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, n°256), unité de conception et de résolution (P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, *op. cit.*, t. 1, *Droit pénal général*, n°196) ou encore unité de résolution et de but (G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, *op. cit.*, n°79-I ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op. cit.*, n°116).

l'activité matérielle incriminée par la loi. Elle suppose la réunion de deux séries de conditions, les unes objectives, les autres subjectives⁸¹⁰. Premièrement, l'infraction continuée requiert une pluralité d'actions identiques dont chacune constituerait une infraction distincte, et une unité de droit violé (les actions enfreignent la même loi pénale) ; en ce sens, elle ressemble à l'habitude⁸¹¹. Deuxièmement, un dessein criminel particulier est requis, à savoir que pour atteindre le résultat recherché on procède par des agissements répétés : à chaque nouvelle manifestation délictueuse, c'est l'intention initiale qui est renouvelée. Le concept d'infraction continuée permet ainsi de ne retenir qu'une seule infraction alors que matériellement plusieurs comportements, chacun constitutif d'une infraction, ont été commis en concours réel⁸¹². Sa logique est donc diamétralement opposée à celle de l'habitude. L'infraction continuée est la contraction de plusieurs infractions en une seule qui va absorber les autres⁸¹³ : le juge rejette « l'émiettement des parties du mécanisme qui lui est soumis, pour en faire au contraire un tout obéissant à des règles spécifiques »⁸¹⁴, il y a alors « métamorphose par contraction »⁸¹⁵. En revanche, dans l'habitude, « l'ensemble est pris en considération par le juge au moyen de la juxtaposition de ses éléments, de manière à faire jaillir quelque chose qui ne sera pas la simple réunion des pièces détachées ; [...] il y a alors « métamorphose par addition »⁸¹⁶.

198. Application de l'unité de dessein à l'habitude. Il ne s'agit pas ici d'étudier en détail l'infraction continuée mais seulement de déterminer si l'unité de dessein peut constituer le fondement de l'habitude. En réalité, l'existence ou l'absence d'une unité de dessein criminel entre les comportements accomplis n'a aucune incidence sur la constitution de l'habitude, ni même sur ses effets. L'habitude peut en effet exister indépendamment de ce paramètre. Si cette unité de dessein ne fait pas obstacle au regroupement des comportements au sein de l'ensemble, elle ne permet pas non plus de justifier ce regroupement, elle est donc

⁸¹⁰ M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°61. Egalement en ce sens : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op. cit.*, n°116-II.

⁸¹¹ Sur la condition d'analogie entre les comportements : v. *supra*, n°149 et s.

⁸¹² Cela correspond donc à l'hypothèse exactement inverse où la jurisprudence considère qu'un seul et même fait peut constituer plusieurs infractions différentes : *supra*, n°99 et s.

⁸¹³ Comp. Y. MAYAUD, « Le délit d'abus de faiblesse, une infraction continuée », note sous Cass. crim. 27 mai 2004, *RSC* 2004, p. 881 : « l'élément de fusion tient à la continuité de but [...] qui permet de retirer aux infractions concernées leur autonomie juridique, sur le critère d'un dessein criminel unique ou d'une entreprise criminelle aux éléments indivisibles ».

⁸¹⁴ J. LARGUIER, « « Théorie des ensembles » et qualification pénale », *préc.*, p. 100.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ *Ibid.*

indifférente. Cette indifférence se manifeste toutefois différemment selon qu'elle est censée relier des comportements licites (1) ou illicites (2).

1. En matière de comportements licites

199. Absence d'unité de dessein criminel dans l'infraction d'habitude. L'infraction d'habitude est-elle fondée sur une unité de dessein criminel ? A la lecture des textes d'incrimination des infractions d'habitude, rien n'indique que les comportements accomplis habituellement doivent faire partie d'une opération globale dans l'esprit de l'agent. Certains auteurs font même remarquer que l'unité de dessein semble incompatible avec la commission d'un acte par habitude qui implique que lorsqu'il commet l'acte, l'auteur ne met pas en œuvre un dessein d'action préétabli, mais au contraire, agit sous l'empire d'une habitude acquise⁸¹⁷. Cette affirmation est cependant critiquable car l'habitude n'exige pas nécessairement que l'auteur soit « possédé » par l'habitude. Ainsi, dans l'infraction d'habitude, l'élément moral existe dès lors que l'auteur a la volonté d'accomplir chacun de ses actes⁸¹⁸, peu importe que ceux-ci soient coordonnés et concourent à une fin unique⁸¹⁹.

200. Rejet de l'unité de dessein comme fondement de l'habitude. L'unité de dessein criminel n'est donc pas une condition de l'infraction d'habitude. Mais si, dans les faits, les actes étaient effectivement unis par une même intention délictueuse, cette intention permettrait-elle de regrouper plusieurs infractions d'habitude ? Par exemple, une personne commet quatre actes d'exercice illégal de la médecine. Si ces actes concourent à une fin unique dans l'esprit de leur auteur, les actes ne peuvent-ils pas alors être regroupés au sein d'une seule et même habitude ? Un auteur considérerait que « l'infraction continuée est celle qui est constituée de plusieurs infractions identiques, soit instantanées, soit continues, *soit même d'habitude*, qui sont unifiées en une seule infraction unique en raison de l'unité du dessein criminel de l'agent de cette infraction »⁸²⁰. Selon lui, le délinquant peut commettre successivement plusieurs infractions d'habitude pouvant constituer une infraction

⁸¹⁷ E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, op. cit., p. 307 : « l'auteur d'une infraction d'habitude commet l'acte de façon quasi automatique, poussé par une tendance à satisfaire un besoin créé en lui à cause de l'habitude acquise ».

⁸¹⁸ Toutes les infractions d'habitude étant, en droit positif, des infractions intentionnelles : *supra*, n°14 et 85.

⁸¹⁹ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°350.

⁸²⁰ A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, op. cit., n°67.

continué⁸²¹. Les infractions d'habitude seraient alors reliées entre elles par le dessein criminel de l'agent et constitueraient une infraction continuée d'habitude⁸²². Autrement dit, l'unité juridique de l'infraction continuée d'habitude reposerait sur l'unité de dessein criminel liant les différentes infractions entre elles. Or, il a déjà été démontré que le fait que tous les actes soient réunis au sein d'une unique infraction d'habitude repose sur des considérations techniques d'ordre procédural⁸²³. Les actes répétés font en effet juridiquement partie du même ensemble parce qu'ils ne sont pas autonomes, et ne peuvent ainsi pas constituer une cause de poursuite. Autrement dit, leur dépendance les uns envers les autres couplée à leur licéité intrinsèque empêche d'admettre qu'ils puissent causer des poursuites autonomes⁸²⁴. L'unité de dessein criminel est donc étrangère à l'unité juridique de l'habitude en ce qu'elle ne permet pas de justifier que les actes soient traités au sein d'un même ensemble juridique.

Ainsi, l'unité de dessein n'a pas d'influence sur la définition de l'infraction d'habitude. La remarque vaut également pour l'habitude composée de plusieurs comportements illicites.

2. En matière de comportements illicites

201. Unité de dessein criminel et infractions non intentionnelles. Si les infractions constitutives de l'habitude devaient être reliées par un dessein criminel unique, cela voudrait dire qu'elles seraient nécessairement intentionnelles car il est difficile d'envisager l'existence d'un plan concerté alors que l'auteur n'avait pas l'intention de commettre les infractions. Or, l'habitude peut avoir pour objet aussi bien des infractions intentionnelles que non intentionnelles⁸²⁵. Il est en outre difficilement concevable que l'élément moral puisse survivre à la consommation de l'infraction⁸²⁶.

202. Simple indifférence à l'unité de dessein. La récidive et la réitération se démarquant des autres situations juridiques d'habitude par l'existence d'un lien de

⁸²¹ A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, op. cit., n°457.

⁸²² E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, op. cit., p. 301 ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, op. cit., n°345 ; R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, op. cit., n°237 ; R. VOUIN et J. LEAUTE, *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956, p. 197.

⁸²³ *Supra*, n°128 et s.

⁸²⁴ *Supra*, n°130.

⁸²⁵ *Supra*, n°85.

⁸²⁶ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, op. cit., n°492 : « l'intention, qui est un élément constitutif de l'infraction, meurt avec la consommation de cette dernière [...]. Une intention, morte par consommation, ne saurait justifier la continuité d'une infraction - sauf alors à fonder la répression sur la seule pensée criminelle, ce à quoi s'oppose, évidemment, le principe de la légalité ».

condamnation⁸²⁷, il semble délicat de considérer qu'elles sont unies par un dessein criminel commun, surtout lorsque plusieurs années se sont écoulées entre les infractions, et qu'elles sont totalement disparates d'un point de vue criminologique. Par exemple, si une personne est condamnée pour empoisonnement, et qu'une fois sa peine exécutée, elle commet un vol, on peut douter de l'existence d'un dessein criminel unique⁸²⁸. De toute façon, même si c'était le cas, par exemple un tueur en série qui commettrait une série de meurtres séparés par une condamnation, cette unité de dessein n'aurait aucune incidence. Ces institutions n'exigent en effet en aucun cas que les deux infractions qui les constituent participent de la même intention criminelle de l'auteur⁸²⁹. Cela confirme que l'existence d'un dessein criminel commun est indifférente. De même qu'il n'est pas exigé que le récidiviste ait conscience d'être en état de récidive pour caractériser celle-ci⁸³⁰.

Il est intéressant de noter que la solution inverse prévaut en droit administratif : c'est l'intention de l'auteur des faits, en relation avec une réglementation déjà appliquée à son cas et par rapport à des faits juridiquement qualifiés de la même manière, qui permet de conclure à la qualification de récidive⁸³¹. Cette exigence tenant à l'intention de l'auteur permet de différencier la récidive administrative d'autres faits, comme la réitération, qui peut elle aussi être fautive, mais qui n'implique pas directement la volonté de l'auteur de l'acte, comme lorsqu'il commet une erreur, en tout cas lorsque l'erreur émane de l'administration. La récidive conduit donc à la qualification de faute personnelle (car intentionnelle) tandis que la réitération conduit à la qualification de faute de service⁸³².

203. Absence d'unité de dessein criminel en matière de concours réel. A l'inverse des hypothèses précédentes pour lesquelles l'unité de dessein n'a aucune incidence, le concours réel devrait, pour former une habitude, impliquer une absence d'unité de dessein. Deux précisions s'imposent alors. Premièrement, si les infractions identiques sont reliées par

⁸²⁷ *Infra*, n°239 et s.

⁸²⁸ En ce sens : A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions, essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°101 : « lors de la récidive générale, le législateur instaure un lien entre deux infractions totalement indépendantes l'une de l'autre [...] et qui ne font l'objet d'aucun plan concerté »

⁸²⁹ *Contra* C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°327, selon laquelle « l'intention de commettre l'infraction aggravée requiert [...] que l'agent ait conçu le fait principal et le fait aggravant comme formant un tout et qu'il ait tendu sa volonté vers la réalisation de ce tout et non, distinctement, vers la réalisation du fait principal et du fait aggravant ».

⁸³⁰ Ce qui tend à remettre en cause le fondement classique de la récidive qu'est l'avertissement solennel de la justice : v. *infra*, n°496 et s.

⁸³¹ CAA Douai 5 févr. 2008, SARL FPI, n°07DA01174.

⁸³² F. COLIN, « La récidive administrative », *préc.*, p. 2151.

une unité de dessein, elles seront potentiellement traitées comme une infraction continuée. Lorsqu'une personne commet successivement plusieurs infractions unies entre elles par une unité de dessein criminel, il arrive en effet que la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une seule et même infraction, par exemple en matière de vol⁸³³, d'escroquerie⁸³⁴, d'abus de biens sociaux⁸³⁵ ou encore d'abus de faiblesse⁸³⁶, qualifiée de continuée, dans le but de retarder le point de départ du délai de prescription de l'action publique. Si la volonté répressive de retarder ce point de départ est compréhensible⁸³⁷, la technique utilisée est plus que contestable. Il serait préférable, au lieu de recourir à une fiction juridique, d'admettre la connexité entre les infractions commises⁸³⁸. L'habitude pénale requiert donc, outre l'analogie entre les infractions, une absence de causalité subjective. Deuxièmement, lorsque cette unité de dessein existe mais que les infractions sont de nature différente, il n'y a pas habitude mais corrélation. La corrélation consiste en effet à préparer ou favoriser une infraction en commettant une autre, ou à favoriser la fuite ou assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'une infraction car cette causalité subjective doit rester spécifique à la circonstance de corrélation : la dépendance entre ces infractions repose ainsi sur les mobiles de l'auteur qui accomplit cette opération d'ensemble⁸³⁹. La corrélation se distingue donc de l'habitude par deux critères : l'absence d'analogie entre les infractions et l'existence d'un lien subjectif entre les infractions.

Le concours réel nécessite ainsi une absence de dessein criminel, contrairement aux autres habitudes pénales qui y restent indifférentes. En conclusion, l'existence d'une causalité subjective entre les comportements ne doit pas faire obstacle à la formation d'une habitude mais ne justifie pas non plus que les comportements soient traités ensemble. Il s'agit donc d'un paramètre indépendant.

⁸³³ Cass. crim. 18 sept. 1902 : Bull. crim. n°317 ; 20 mars 1985 : Bull. crim. n°120.

⁸³⁴ Cass. crim. 23 oct. 1978 : Bull. crim. n° 283 ; 27 mai 1991 : Bull. crim. n° 222 ; 26 sept. 1995 : Bull. crim. n°288, *Dr. pén.* 1996, comm. 61, obs. M. VERON ; *RSC* 1996, p. 658, obs. R. OTTENHOF.

⁸³⁵ Cass. crim. 28 mai 2003 : Bull. crim. n°109.

⁸³⁶ Cass. crim. 27 mai 2004 : Bull. crim. n°179, *RSC* 2004, p. 881, note Y. MAYAUD, et p. 886, note R. OTTENHOF ; *Dr. pén.* 2004, comm. 130, obs. M. VERON ; *D.* 2004, p. 2750, note S. MIRABAIL ; *RTD com.* 2004, p. 825, note B. BOULOC.

⁸³⁷ Toutefois, depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, le délai de prescription de l'action publique de certains délits (dont l'abus frauduleux de l'état d'ignorance, le vol et l'escroquerie) commis à l'encontre d'une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, court à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (art. 8 C. proc. pén.). Par conséquent, le recours à cette fiction n'est plus forcément utile.

⁸³⁸ *Infra*, n°407 et s.

⁸³⁹ Comp. A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., n°87, qui évoque un « lien finalisé » entre les deux infractions.

204. Conclusion de la Section 1. Les comportements répétés sont regroupés au sein d'un ensemble unique parce qu'ils sont unis par un lien substantiel qualitatif. Ce lien a deux aspects complémentaires. D'abord, les comportements doivent être analogues, sinon l'habitude ne serait qu'une répétition de comportements ordinaire. Cette exigence est globalement respectée en droit positif, mais cette analogie ne peut, en raison de la diversité des institutions et des nécessités de la répression, se manifester de manière uniforme. Schématiquement, pour les actes licites et les infractions de gravité mineure ou moyenne (contraventions et délits punis de moins de dix ans d'emprisonnement), le législateur exige une identité de qualifications, réelle ou fictive ; tandis que pour les délits punis de dix ans d'emprisonnement ou plus et les crimes, la gravité des infractions justifierait à elle seule qu'elles soient traitées ensemble. En revanche, l'existence d'un lien de causalité entre les comportements ne permet pas de fonder l'habitude. La causalité objective, qui suppose que le deuxième comportement a été matériellement causé par le premier, fait ainsi obstacle à ce que les comportements forment une habitude. Quant à la causalité subjective, qui s'analyse comme une unité de dessein criminel impliquant que, dans l'esprit de l'auteur, les comportements font partie d'une opération criminelle d'ensemble, elle ne fait pas obstacle à la constitution d'une habitude mais ne sert pas non plus de fondement à l'habitude. L'habitude est donc principalement fondée sur l'analogie entre les comportements qui la composent ; mais cette analogie ne suffit pas, elle doit être complétée par un lien temporel car la répétition de comportements ne semble mériter une sanction pénale particulière que si elle s'inscrit dans un certain cadre temporel.

Section 2 : Un lien temporel

205. Temporalité intermédiaire. Les comportements répétés ne peuvent s'additionner pour former un nouvel ensemble et recevoir un traitement juridique particulier que s'ils s'inscrivent dans un certain cadre temporel. En effet, la persévérance de l'auteur dans ce cadre temporel justifie une répression adaptée. La grande difficulté est de mesurer, de quantifier ce lien entre les comportements car la temporalité de l'habitude doit lui être spécifique. Il semble opportun de considérer que l'habitude doit avoir une temporalité « intermédiaire », c'est-à-dire que le délai entre les actes ne doit être ni trop court, ni trop long. D'abord, le délai ne doit pas être trop court, au sens où la concomitance des actes empêcherait de caractériser l'habitude. Ensuite, le délai ne doit pas non plus être trop long, car hormis certains cas exceptionnels, l'habitude implique une certaine régularité dans l'accomplissement des actes. Ces orientations impliquent donc l'existence d'un délai minimum (§ 1) et d'un délai maximum (§ 2) entre les comportements.

§ 1 : Le délai minimum entre les comportements

206. Absence de lien de concomitance. Dans certaines habitudes, la question du délai minimum n'a pas vraiment de sens dans la mesure où l'existence d'une condamnation pénale entre les différents comportements marque nécessairement une coupure juridique entre ces comportements. Aussi la durée du délai minimum séparant les infractions commises dans la récidive ou la réitération ne suscite-t-elle pas de difficulté, celle-ci étant matérialisée par la condamnation⁸⁴⁰. En revanche, les institutions qui ne requièrent pas de condamnation entre les comportements sont soumises à un délai minimum. En réalité, ce n'est pas tant un nombre de minutes, de jours, voire de mois, qu'une question de dissociation entre les comportements : ceux-ci doivent être indépendants les uns des autres pour être constitutifs de l'habitude. Cette question de l'indépendance entre les comportements se traduit ainsi de manière différente selon que les comportements sont punissables isolément (A) ou non (B).

⁸⁴⁰ *Supra*, n°239 et s.

A. Comportements punissables isolément

207. Définition de la concomitance. Lorsque plusieurs infractions sont commises sans être séparées par une condamnation, l'état de concours réel est constitué. Or, le législateur a prévu pour certaines infractions une circonstance aggravante de concomitance⁸⁴¹. C'est le cas lorsque la loi prévoit que telle infraction est punie de telle peine (aggravée par rapport à l'infraction simple) lorsqu'elle est « précédée, accompagnée, ou suivie » de telle autre infraction. La concomitance n'est pas définie par le Code pénal⁸⁴² et est rarement étudiée par la doctrine. Néanmoins, on sait qu'elle implique plusieurs infractions très rapprochées dans le temps. Il faut en effet que les actes aient lieu dans une même unité de temps, c'est-à-dire au sein d'une même action matérielle. Cette proximité temporelle s'entend d'une « simultanéité ou quasi-simultanéité »⁸⁴³. La jurisprudence décide par exemple que la concomitance ne peut être retenue que si les deux crimes ont été commis dans un même temps, et doit au contraire être exclue lorsque plusieurs jours séparent les deux infractions⁸⁴⁴. La concomitance implique ainsi que les faits aient été accomplis dans le même temps ou dans un temps fort proche⁸⁴⁵.

En revanche, il n'est pas nécessaire que les actes aient été commis en un même lieu. L'unité de lieu ne semble en réalité pas être une condition distincte mais plutôt impliquée par la condition d'unité de temps. Il est vrai que certains auteurs et certaines décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation exigent l'unité de lieu, soit à titre de condition distincte⁸⁴⁶ soit pour en déduire la proximité dans le temps⁸⁴⁷. Toutefois, cette condition

⁸⁴¹ Art. 221-2 al. 1 (meurtre et autre crime) ; 222-26 al. 1 (viol et tortures ou actes de barbarie) ; 224-7 (détournement d'aéronef, de navire ou tout autre moyen de transport et tortures ou acte de barbarie ou homicide) ; 311-4 4°, 311-5, 311-6, et 311-7 (vol et violences) ; 312-2 al. 1, 312-3, 312-4, et 312-7 C. pén. (extorsion et violences ou tortures ou actes de barbarie).

⁸⁴² Mais ce n'est pas étonnant car les articles 132-71 et suivants du Code pénal ne définissent que certaines circonstances, les autres étant précisées par la jurisprudence.

⁸⁴³ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°25.

⁸⁴⁴ Cass. crim. 14 janv. 1954 : Bull. crim. n°14.

⁸⁴⁵ E. GARÇON : « la simultanéité existe, soit lorsque le meurtre accompagne le crime, alors qu'il est perpétré en même temps ; soit lorsqu'il le précède ou le suit, ce qui implique l'idée qu'il a été commis peu auparavant ou après » (*Code pénal annoté, op. cit.*, art. 304, n°8).

⁸⁴⁶ En ce sens : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°124, qui écrit à propos des destructions, dégradations ou détériorations qui précèdent, accompagnent ou suivent le vol que « bien que le texte ne le dise pas, il semble que la circonstance aggravante doive être circonscrite aux actes commis au lieu même du vol et sur les objets qui s'y trouvent, d'autres destructions commises ailleurs, sur d'autres objets que ceux en rapport avec le vol, ne paraissant pas devoir perdre leur autonomie même si elles sont proches du vol dans le temps ».

⁸⁴⁷ Cass. crim. 14 janv. 1954 : Bull. crim. n°14 : « attendu que [...] les crimes de meurtre et de vol qualifié auraient été commis à des jours et en des lieux différents et non dans le même trait de temps ; [...] que la circonstance aggravante de concomitance a été a tort retenue ». V. A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal, op. cit.*, t. 3, n°1304.

n'étant en rien exigée par le Code pénal, l'unité de lieu ne doit donc pas conditionner la circonstance aggravante de concomitance⁸⁴⁸.

208. Distinction avec l'habitude. Ainsi, lorsque les comportements sont punissables isolément, ils doivent être séparés par un délai minimum, sans quoi ils relèvent non de l'habitude mais de la concomitance. Autrement dit, les actes constitutifs de l'habitude ne doivent pas faire partie de la même action criminelle. Par exemple, lorsqu'une personne commet un viol et immédiatement après des tortures et actes de barbarie, il n'y a pas à proprement parler habitude car les infractions sont trop rapprochées dans le temps. En revanche, si ces comportements étaient séparés, ne serait-ce que par quelques jours, il y aurait bien habitude. Les infractions concomitantes et les infractions commises habituellement sont donc deux cas particuliers de concours réel pour lequel le législateur prévoit une sanction aggravée⁸⁴⁹ mais, du point de vue de leur champ d'application, ces hypothèses sont exclusives l'une de l'autre. Il faut ainsi préciser que même dans les cas où la concomitance de plusieurs infractions ne serait pas légalement incriminée, l'existence factuelle d'un rapport de concomitance entre deux infractions empêche de caractériser l'habitude.

209. Domaine de l'habitude et de la concomitance. En effet, pour que l'habitude et la concomitance conservent chacune leur utilité, il faut qu'elles aient des domaines distincts. Or, ce n'est pas parce qu'elles sont prévues pour des infractions différentes que l'objectif est rempli : il faut en effet trouver un critère de distinction efficace car le législateur pourrait être tenté d'étendre le domaine de ces circonstances. La nécessité de cette distinction se fait surtout ressentir à propos de l'infraction de meurtre. L'article 221-2 alinéa 1 du Code pénal dispose que le meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime est puni de la réclusion criminelle à perpétuité, alors que l'article 221-1 prévoit que le meurtre simple est puni de trente ans de réclusion criminelle. L'existence d'une autre infraction concomitante au meurtre aggrave donc la peine encourue pour ce dernier. Le problème est que l'article 221-2 alinéa 1 peut recevoir deux interprétations. Soit « autre crime » signifie tout autre crime dont la définition est différente, auquel cas le texte ferait référence à un crime abstrait mais autre qu'un meurtre ; soit cela signifie simplement un crime distinct, qu'il s'agisse également d'un

⁸⁴⁸ En ce sens à propos du meurtre : E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 304, n°9 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°319.

⁸⁴⁹ *Supra*, n°63 et 64.

meurtre ou non, auquel cas il s'agirait d'un crime concret. La doctrine et la jurisprudence estiment que le crime peut être de même nature que le meurtre qu'il aggrave⁸⁵⁰. L'expression « autre crime » renvoie alors à un crime matériellement différent du premier (crime concret). Il importe peu qu'il soit de même nature ou non dès lors qu'il est distinct⁸⁵¹ et de nature criminelle⁸⁵². Mais alors, s'il s'agit également d'un meurtre, les deux comportements sont analogues et le domaine de cette concomitance risque de coïncider avec celui de l'habitude. Le critère de distinction entre les deux doit donc être temporel : l'habitude n'est concevable que si la concomitance n'est pas applicable⁸⁵³. Ce problème d'interférence ne concerne que le meurtre puisque dans les autres cas de concomitance, le législateur vise systématiquement un crime de nature différente. Toutefois la distinction n'en doit pas moins être claire au plan théorique.

En conclusion, pour constituer une habitude, les comportements punissables isolément doivent non seulement être analogues⁸⁵⁴ mais encore ne pas être trop rapprochés dans le temps, au risque d'être concomitants. Les comportements non punissables isolément doivent eux aussi être liés par un délai minimum.

B. Comportements non punissables isolément

210. Application de la concomitance aux comportements licites. Concernant les comportements non punissables isolément, on pourrait être réticent à utiliser la notion de concomitance. Pourtant, elle ne semble pas devoir se limiter aux comportements illicites, car il s'agit d'une notion temporelle indépendante de tout jugement de valeur sur la nature des actes.

⁸⁵⁰ Cass. crim. 31 déc. 1840 : Bull. crim. n°370 : S. 1841, 1, p. 208 ; 7 oct. 1843 : Bull. crim. n°261 ; 15 avr. 1847 : D. 1847, 4, p. 145 ; 27 janv. 1881 : Bull. crim. n°21, S. 1882, 1, p. 439 ; 6 juin 1878 : Bull. crim. n°129 : S. 1880, 1, p. 231 ; 3 mars 1960 : Bull. crim. n°141 ; 13 juin 1979 : Bull. crim. n°207 ; 21 avr. 1982 : Bull. crim. n°99 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 304, n°12. *Contra* A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal, op. cit.*, t. 3, n°1304.

⁸⁵¹ Ainsi il n'y a pas concomitance si deux meurtres ont été perpétrés par un acte matériel unique comme un coup de feu atteignant deux victimes : Cass. crim. 6 juin 1878 : DP 1879, 1, p. 482.

⁸⁵² Tel n'est pas le cas lorsque le crime, objet de l'accusation initiale, a été requalifié en délit à la suite d'une question subsidiaire : Cass. crim. 13 juin 1979 : Bull. crim. n°207 ; 21 avr. 1982 : Bull. crim. n°89. Mais le second crime peut consister en une simple tentative, puisque celle-ci est considérée comme le crime lui-même : Cass. crim. 12 juill. 1982 : Bull. crim. n°190, RSC 1983, p. 261, obs. G. LEVASSEUR.

⁸⁵³ On remarque toutefois que la jurisprudence décide qu'en matière de meurtre, les circonstances aggravantes de corrélation et de concomitance peuvent être retenues cumulativement (Cass. crim. 13 juill. 1965 : Bull. crim. n°175 ; 30 nov. 1965, Bull. crim., n°255).

⁸⁵⁴ *Supra*, n°149 et s.

Les différents actes de l'infraction d'habitude doivent être séparés par un délai minimum, c'est-à-dire ne pas avoir lieu au même moment⁸⁵⁵. Si deux ou plusieurs actes sont concomitants, ils ne devraient ainsi pas constituer une infraction d'habitude. Autrement dit, à partir du moment où les actes ne sont pas simultanés, le délai les séparant peut être assez court. Evidemment, ce délai revient à l'appréciation des juges du fond. Par exemple, dans l'infraction de tolérance habituelle de la prostitution⁸⁵⁶, la Cour de cassation a admis qu'il y a habitude dans le cas de la tolérance de plusieurs actes de prostitution accomplis par une seule personne au cours de la même journée⁸⁵⁷. En somme, et plus généralement, l'infraction d'habitude n'est pas constituée en cas de pluralité d'actes commis au cours d'une scène unique, serait-ce à l'encontre de plusieurs victimes⁸⁵⁸. Cette caractéristique est une spécificité de l'infraction d'habitude qui permet de la distinguer des autres infractions complexes impliquant une répétition.

211. Distinction entre infraction d'habitude et infraction à l'élément matériel réitéré. Un auteur a proposé d'utiliser le critère temporel pour distinguer les infractions d'habitude des infractions à l'élément matériel réitéré, c'est-à-dire des infractions qui requièrent une répétition sans que le terme habitude ne soit mentionné⁸⁵⁹, comme les appels téléphoniques malveillants ou les menaces verbales. Ainsi, l'habitude se distinguerait de la réitération en ce qu'elle impliquerait une certaine régularité, un « processus régulier et tempéré »⁸⁶⁰. La réitération serait « le résultat de l'insistance » alors que l'habitude serait celui de la « constance »⁸⁶¹. Ainsi, à la différence de la réitération, l'habitude devrait se manifester par une « suspension spatio-temporelle plus ou moins prononcée entre les actes qui la caractérisent »⁸⁶². Effectivement, cette suspension spatio-temporelle est requise pour que l'habitude ne soit pas confondue avec la concomitance⁸⁶³. En matière de menaces réitérées, la

⁸⁵⁵ En ce sens : A. BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. 5, n°152 : « il faut que la réitération n'ait pas lieu au même moment, sinon elle ne constituerait pas l'habitude ».

⁸⁵⁶ Pour une étude plus détaillée de cette infraction : v. *supra*, n°48.

⁸⁵⁷ Cass. crim. 9 juill. 1948 : *D.* 1948, p. 410 ; 29 janv. 1963 : *JCP* 1963, II, 13215, note J.-P. LE GALL.

⁸⁵⁸ Cass. crim. 22 févr. 1890 : *Bull. crim.* n°42.

⁸⁵⁹ *Supra*, n°108 et s.

⁸⁶⁰ Y. MAYAUD, « La notion de réitération en droit pénal spécial : l'exemple des menaces », note sous Cass. crim. 26 févr. 2002, *RSC* 2002, p. 591.

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² Y. MAYAUD, « Malveillance téléphonique et surveillance de la Cour de cassation », note sous Cass. crim. 4 mars 2003, *RSC* 2003, p. 788.

⁸⁶³ Un autre auteur considère à l'inverse que si ces nuances peuvent avoir un intérêt criminologique, elles n'ont en revanche aucun intérêt sur un plan purement technique car le régime des infractions de réitération est le même

chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « si l'article 222-17 du Code pénal exige que, pour être punissable, les menaces qui ne sont pas matérialisées par un écrit, une image ou un objet, soient réitérées, il ne prévoit pas de délai avant la réitération »⁸⁶⁴. Même avant cette solution de principe, la jurisprudence avait retenu la qualification d'appels téléphoniques malveillants en cas d'appels très rapprochés dans le temps. Tel est par exemple le cas d'une personne qui a adressé quatre appels malveillants en moins d'un quart d'heure⁸⁶⁵ ou encore de celle qui harcèle téléphoniquement un couple en effectuant près de vingt appels en vingt-quatre heures⁸⁶⁶.

Les infractions de harcèlement ne comprennent, quant à elles, pas de condition de « réitération » mais requièrent des agissements « répétés » ou « le fait de harceler ». Il n'en reste pas moins que la question de l'existence d'un délai minimum entre les actes se pose également à leur égard. S'agissant en premier lieu du harcèlement sexuel, une cour d'appel a expressément considéré qu'il n'y a pas de délai minimum entre les actes⁸⁶⁷. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur la question mais on peut raisonnablement penser qu'elle adoptera une solution semblable dans la mesure où le harcèlement sexuel fait partie de la même catégorie d'infractions que les menaces réitérées ou les appels téléphoniques malveillants et partage donc les mêmes caractéristiques⁸⁶⁸. S'agissant en second lieu du harcèlement moral professionnel, les juges d'appel semblent également accepter que le délai entre les différents actes soit très court⁸⁶⁹. Il est vrai que lorsque les faits se sont déroulés au cours d'une même journée, l'on pourrait penser que ce déroulement en une journée ne peut avoir eu pour effet de dégrader des conditions de travail, ce qui empêcherait le délit d'être constitué⁸⁷⁰. Pourtant, l'article 222-33-2 du Code pénal prévoit que le harcèlement moral est consommé non seulement quand les actes ont eu pour *effet* une dégradation des conditions de travail, mais aussi lorsqu'ils ont pour *objet* une telle dégradation, auquel cas peu importe que la dégradation ait effectivement eu lieu ou non. La chambre criminelle a admis que la période

que le régime des infractions d'habitude dont elles ne sont qu'une forme particulière (E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°622).

⁸⁶⁴ Cass. crim. 26 févr. 2002 : Bull. crim. n°43 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 67, note M. VERON ; *RSC* 2002, p. 591, note Y. MAYAUD.

⁸⁶⁵ CA Paris 14 déc. 1998 : *Juris-Data* n°1998-024115.

⁸⁶⁶ CA Pau 10 juill. 2002 : *Juris-Data* n°2002-193791. V. aussi : CA Toulouse 3^{ème} ch., 27 oct. 2004 : *Juris-Data* n°2004-254292 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 23 : « L'article 222-17 du Code pénal ne prévoit pas de délai avant la réitération des menaces. Dès lors peu importe que les menaces aient été proférées dans un même laps de temps, dès lors qu'elles l'ont été à plusieurs reprises ».

⁸⁶⁷ CA Metz 10 nov. 2003 : *Juris-Data* n°2003-233675.

⁸⁶⁸ Notamment l'exigence d'une identité de victimes (*supra*, n°157).

⁸⁶⁹ CA Paris 16 janv. 2003 : *Juris-Data* n°2003-199487 ; CA Dijon 8 oct. 2003 : *Juris-Data* n°2003-225724.

⁸⁷⁰ En ce sens : CA Douai 13 sept. 2005 : *JCP G* 2005, IV, 3829.

pendant laquelle les agissements sont répétés peut être assez courte, par exemple, moins de deux mois⁸⁷¹. La chambre sociale de la Cour de cassation a également eu à se prononcer sur cette question, mais à propos de l'article L. 1152-1 du Code du travail⁸⁷². Elle a alors jugé « qu'il résulte du premier de ces articles [L. 1152-1 du Code du travail] que les faits constitutifs du harcèlement moral peuvent se dérouler sur une brève période »⁸⁷³, en l'occurrence une dizaine de jours. A la suite d'une longue absence pour maladie, le salarié avait repris son travail après l'avis d'aptitude émis par le médecin du travail. Très rapidement, cette reprise du travail s'est accompagnée d'une détérioration des conditions de travail. A la suite de sa reprise, le salarié a travaillé moins d'un mois dans des conditions jugées dégradantes, et des menaces et propos déshonorants ont été tenus par l'employeur, principalement au cours d'un seul entretien s'étant déroulé pendant de la seconde semaine après la reprise. La Cour d'appel avait refusé de caractériser le harcèlement moral en raison de la brièveté pendant laquelle les agissements s'étaient produits. C'est une interprétation restrictive du texte car *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. La Cour de cassation a donc logiquement censuré cette décision, posant au contraire que les actes pouvaient se dérouler sur une brève période. Cette solution devrait d'ailleurs, selon un auteur, être transposée au harcèlement sexuel⁸⁷⁴. On peut ajouter qu'elle s'impose également en matière de harcèlement au sein du couple.

Ainsi, si les comportements répétés sont trop rapprochés dans le temps, ils peuvent être traités ensemble par le droit pénal, par exemple en formant une infraction complexe, mais sans pouvoir former une habitude. A défaut, il n'y a pas répétition de comportements mais continuation. Ce délai minimum n'est pas la seule contrainte imposée par la notion d'habitude : le délai entre les différents actes ne doit en effet pas être trop long. Autrement dit, il existe un délai maximum entre les comportements, sinon le droit pénal considère qu'ils n'ont pas à être traités ensemble au sein de l'habitude.

⁸⁷¹ Cass. crim. 21 juin 2005 : Bull. crim. n°187 ; RSC 2005, p. 850, note Y. MAYAUD.

⁸⁷² « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses 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 ».

⁸⁷³ Cass. soc. 26 mai 2010 : D. 2010, p. 1988, note G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; AJ pénal 2010, p. 398, obs. C. PORTERON.

⁸⁷⁴ G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « La reconnaissance du harcèlement moral sur une brève période », note sous Cass. soc. 26 mai 2010, D. 2010, p. 1988, spéc. p. 1991.

§ 2 : Le délai maximum entre les comportements

212. Prise en compte de la gravité des comportements. La raison pour laquelle ces comportements répétés sont assemblés dans une entité unique est qu'ils s'inscrivent dans un même cadre temporel ; une fois un certain délai dépassé, ils ne mériteraient plus d'être associés⁸⁷⁵. S'agissant du droit pénal actuel, la proposition se vérifie dans la majorité des cas (A) mais, parfois, aucun délai maximum n'est prévu (B).

A. L'existence d'un délai

213. Variabilité du mode de fixation du délai. La loi pénale ne précise qu'occasionnellement le délai pendant lequel le deuxième comportement doit être commis. C'est ainsi le cas en matière de récidive (1). En l'absence d'une telle précision, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de délai, mais tout simplement qu'il faut appliquer les règles classiques de prescription de l'action publique (2).

1. La fixation expresse d'un délai dans la récidive temporaire

214. Fondement de la récidive temporaire. Le rapprochement dans le temps des infractions peut être considéré comme un élément nécessaire de la récidive punissable, une telle exigence s'appuyant sur l'idée que seule la rechute dans un délai suffisamment court est caractéristique de l'habitude criminelle, ou révélatrice d'une nature rebelle à l'intimidation⁸⁷⁶. Les infractions commises en récidive font donc juridiquement partie du même ensemble car leur dépendance temporelle est révélatrice de cette persévérance. Les infractions nécessitent alors d'être suffisamment rapprochées dans le temps, à défaut de quoi leur auteur n'est qu'un « pseudo récidiviste »⁸⁷⁷. Il faudrait en effet distinguer les véritables récidivistes et ces pseudos récidivistes qui ne sont que des délinquants d'occasion. Il est vrai qu'en matière correctionnelle, la récidive ne correspond pas forcément à une dangerosité plus importante⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ Sur cette idée, v. *infra*, n°422.

⁸⁷⁶ A. LEGAL, « Les conditions et effets de la récidive », préc., p. 607.

⁸⁷⁷ J. LEAUTE, *Criminologie et science pénitentiaire*, PUF, 1972, p. 609.

⁸⁷⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°923, donnant l'exemple d'une personne condamnée pour trafic de stupéfiants qui cause quatre ans plus tard un accident mortel de la circulation (application de l'article 132-9) : compte tenu de l'absence de lien entre les deux infractions et du temps écoulé, il semble difficile de voir dans cette récidive un signe de dangerosité particulière.

dans la mesure où il peut n'y avoir aucun lien entre les deux infractions et où une longue période peut s'être écoulée entre elles. Cette récidive s'éloigne de manière contestable de la notion d'habitude. Il faut donc envisager la durée du délai (a) puis son régime (b) tels qu'ils sont posés par le droit positif pour vérifier s'ils répondent aux exigences de la notion d'habitude.

a) La durée du délai

215. Personnes physiques. Concernant les personnes physiques, le Code pénal prévoit quatre cas de récidive temporaire : dans les deux premières hypothèses, la récidive est générale⁸⁷⁹, tandis que dans les deux dernières, elle est spéciale⁸⁸⁰. Premièrement, si la première infraction commise est un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, et si la seconde infraction est un délit puni de dix ans d'emprisonnement, alors le délai maximum séparant les deux est de dix ans⁸⁸¹. Deuxièmement, si la première infraction est un crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement mais que, à la différence de la première hypothèse, la peine d'emprisonnement prévue pour le second délit est comprise entre un et dix ans, alors le délai n'est que de cinq ans⁸⁸². Troisièmement, si la première infraction est un délit, et que la seconde infraction est le même délit ou un délit assimilé, le délai est de cinq ans⁸⁸³. Enfin, si la première infraction est une contravention de cinquième classe, on distingue selon la nature de la seconde infraction : dans les cas où le règlement le prévoit, s'il s'agit de la même contravention, alors le délai est d'un an⁸⁸⁴ ; dans les cas où la loi le prévoit, s'il s'agit d'un délit, le délai est de trois ans⁸⁸⁵. Ces règles simples à appliquer sont parfois écartées par des textes qui prévoient des délais spéciaux.

Par exemple, en matière d'infraction de chasse, il y a récidive lorsque la nouvelle infraction est commise dans le délai de douze mois⁸⁸⁶. C'est le délai normal pour la récidive contraventionnelle mais il est dérogatoire lorsque l'infraction commise est un délit. De même, l'article L. 429-38 du Code de l'environnement prévoit qu'il y a récidive « lorsque dans les deux ans qui ont précédé l'infraction, le délinquant a été condamné en vertu du présent

⁸⁷⁹ *Supra*, n°181.

⁸⁸⁰ *Supra*, n°161.

⁸⁸¹ Art. 132-9 al. 1 C. pén.

⁸⁸² Art. 132-9 al. 2 C. pén.

⁸⁸³ Art. 132-10 C. pén.

⁸⁸⁴ Art. 132-11 al. 1 C. pén.

⁸⁸⁵ Art. 132-11 al. 2 C. pén.

⁸⁸⁶ Art. L. 428-6 C. envir.

chapitre »⁸⁸⁷. Il existe par ailleurs une multitude de délais spéciaux prévus dans les « dispositions pénales » des codes tels que le Code de la santé publique⁸⁸⁸.

Le délai varie donc selon la nature des infractions, ce qui n'est pas incompatible avec la notion d'habitude car plus l'infraction est grave, plus le délai doit être long. Cette logique se retrouve aussi dans la récidive temporaire des personnes morales.

216. Personnes morales. S'agissant des personnes morales, il y a également quatre cas de récidive, les deux premiers de récidive générale et les deux derniers de récidive spéciale. D'abord, si la première infraction est un crime ou un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros, et que le second délit est un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros, le délai est de dix ans⁸⁸⁹. Ensuite, si la seconde infraction est un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'au moins 15 000 euros, le délai est de cinq ans⁸⁹⁰. Puis, si la première infraction est un délit et que la seconde est le même délit ou un délit assimilé, le délai est de cinq ans⁸⁹¹. On remarque que, dans cette hypothèse, le délai et les conditions de la récidive sont strictement identiques à ceux qui sont applicables aux personnes physiques. Enfin, si la première infraction est une contravention de cinquième classe dans le cas où le règlement le prévoit, et que la seconde infraction est identique, le délai est d'un an⁸⁹².

En tant qu'habitude, la récidive requiert donc que les différentes infractions ne soient pas séparées par un délai trop long. Mais le régime de ce délai étant particulièrement complexe, il mérite d'être analysé en détail.

b) Le régime du délai

217. Point de départ du délai. La caractérisation de la récidive implique une condition de délai, mais la récidive se singularise par le fait que ce délai ne se calcule pas entre les infractions réalisées. En effet, le délai commence à courir, non pas à compter de la

⁸⁸⁷ Est-ce à dire que c'est la date de la condamnation qui détermine le point de départ du délai de deux ans ? Alors que le droit commun prévoit que c'est à l'expiration ou la prescription de la peine : *infra*, n°217.

⁸⁸⁸ Par ex. l'article L. 2326-2 du Code de la santé publique prévoit un délai de trois ans pour la récidive de l'infraction consistant à ouvrir ou diriger, sans autorisation, un établissement de santé recevant des femmes enceintes.

⁸⁸⁹ Art. 132-13 al. 1 C. pén.

⁸⁹⁰ Art. 132-13 al. 2 C. pén.

⁸⁹¹ Art. 132-14 C. pén.

⁸⁹² Art. 132-15 C. pén.

première infraction mais à compter de l'expiration ou la prescription de la peine prononcée pour la première infraction. Cela signifie qu'il ne s'agit pas à proprement parler du délai écoulé entre la commission de la première et la seconde infraction, ni du délai entre la condamnation et la seconde infraction⁸⁹³. Le délai court à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine prononcée pour la première infraction ; il équivaut donc à la somme entre différents laps de temps : délai entre la commission de la première infraction et la condamnation pénale, et délai pendant lequel la peine est exécutée⁸⁹⁴. Le point de départ du délai est en quelque sorte retardé au jour où l'auteur a purgé sa peine⁸⁹⁵. Cette règle est en apparence simple, mais pose quelques problèmes.

218. Point de départ du délai et existence de l'état de récidive. Sous l'empire de l'ancien Code pénal s'est ainsi posée la question de savoir s'il y a récidive lorsque la seconde infraction a été commise alors que la première condamnation est irrévocable⁸⁹⁶ mais avant expiration de la peine ? La jurisprudence a d'abord considéré qu'il fallait exclure la récidive lorsque le prévenu libre n'est pas encore incarcéré lorsqu'il commet la deuxième infraction⁸⁹⁷, ou lorsque l'individu est condamné avec sursis⁸⁹⁸. La Cour de cassation considère maintenant que l'état de récidive existe déjà dans l'intervalle qui peut séparer la date à laquelle la première condamnation est devenue définitive de la date de l'expiration de la peine, et qu'il se prolonge ensuite pendant cinq ans après cette expiration⁸⁹⁹. La référence à l'expiration ou à la prescription de la peine sert ainsi uniquement de point de départ pour le calcul du délai de cinq ans⁹⁰⁰ ou par transposition, de dix ans.

⁸⁹³ Le fait de considérer que le premier terme est la condamnation n'a pas d'intérêt particulier ici (v. *supra*, n°67).

⁸⁹⁴ Sauf lorsque la loi en prévoit autrement : v. par ex. l'art. L. 213-5 du Code de la consommation qui dispose que l'état de récidive est constitué lorsque le nouveau délit est commis dans les cinq ans qui suivront la date à laquelle cette condamnation sera devenue définitive. Cette solution, qui ne « retarde » pas le point de départ du délai à l'expiration ou la prescription de la peine, est donc plus clémente que les règles de droit commun.

⁸⁹⁵ Il est important de remarquer que la Cour de cassation décide depuis longtemps que le délai dans lequel doit avoir été commis le nouveau délit se calcule sans interruption, et sans qu'il y ait lieu de retrancher la durée des peines d'emprisonnement que le prévenu peut avoir subies par suite d'autres condamnations (Cass. crim. 23 juin 1900 : *DP* 1903, 1, 102).

⁸⁹⁶ Sur cette condition, v. *infra*, n°261 et s.

⁸⁹⁷ Cass. crim. 29 févr. 1897 : Bull. crim. n°73.

⁸⁹⁸ Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°306.

⁸⁹⁹ Cass. crim. 23 juin 1898 : Bull. crim. n°227 ; 23 déc. 1963 : Bull. crim. n°376 ; 28 avr. 1964 : Bull. crim. n°133.

⁹⁰⁰ TGI Lille 1^{er} mars 1962 : *D.* 1962, somm. 123 ; CA Douai 2 juin 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 782.

219. Point de départ du délai et libération conditionnelle. Le point de départ du délai peut-il être le jour de la libération conditionnelle ? Dans la mesure où la libération conditionnelle n'est qu'une modalité d'exécution de la peine, on peut être réticent à admettre que le délai puisse courir à partir du jour de la libération. En outre, la libération conditionnelle a pour particularité d'entraîner, à défaut de révocation à son terme, un effet rétroactif : l'article 733 du Code de procédure pénale dispose en effet que « dans ce cas, la peine est réputée terminée depuis le jour de la libération conditionnelle ». Le délai devrait donc courir à compter de la libération conditionnelle⁹⁰¹. Cette solution, favorable au condamné puisque plus le délai commence tôt, plus il arrivera à échéance tôt, doit être approuvée, non seulement au regard de l'article 733, mais encore parce que si la libération conditionnelle n'est pas révoquée, le délinquant est censé être sur la voie de la réinsertion. Ces incertitudes quant au point de départ du délai se retrouvent en l'absence de peine expirée ou prescrite.

220. Point de départ du délai en l'absence de peine expirée ou prescrite. Pour les condamnations assorties d'un sursis et réputées non avenues, les notions d'expiration ou de prescription de la peine sont difficilement applicables. Tant que le sursis n'a pas été révoqué, l'exécution de la peine est suspendue pendant toute la durée du délai d'épreuve ; et en l'absence de révocation, la peine, qui n'a jamais été ni exécutoire, ni exécutée, ni prescrite, s'éteint définitivement. Dès lors, quel doit-être le point de départ du délai de récidive temporaire ? La Cour de cassation a été saisie de cette question. Dans l'avis rendu le 26 janvier 2009⁹⁰², elle n'y répond toutefois pas directement mais se réfère à l'article 133-13 du Code pénal, qui permet de « coordonner dans le temps les effets du non-avenue et de la réhabilitation de droit ». Cette disposition précise en effet que les délais de réhabilitation courent, pour des condamnations assorties d'un sursis, à compter de la date à laquelle la condamnation est non-avenue. Dans le silence des dispositions relatives à la récidive, il serait ainsi fait application du nouvel alinéa 4 de l'article 133-13, en estimant que le point de départ

⁹⁰¹ En ce sens : M. HERZOG-EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Récidive, préc., n°102.

⁹⁰² Cass. avis. 26 janv. 2009, avis n°0080013P : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°12, obs. E. GARÇON ; *AJ pénal* 2009, p. 173, note C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 125, Chronique de jurisprudence par E. FORTIS ; *D.* 2009, p. 509, note M. LENA ; *RPDP* 2009, p. 433, note X. PIN.

du délai de récidive correspond à la fin du délai d'épreuve⁹⁰³. La peine ne serait donc, comme pour la réhabilitation, réputée subie par le sursitaire qu'à l'expiration du délai d'épreuve⁹⁰⁴.

Pour les condamnations avec sursis, si l'on retient pour point de départ, comme le fait la jurisprudence, la fin du délai d'épreuve, on ajoute toutefois une condition supplémentaire qui n'est pas prévue dans les textes relatifs à la récidive ou au sursis. Le sursitaire devra en effet doublement attester de son reclassement, une première fois pendant le délai d'épreuve, puis, ce délai écoulé, une seconde fois pendant le délai de récidive⁹⁰⁵. Surtout, un individu condamné à une courte peine d'emprisonnement assortie d'un sursis simple serait plus mal loti qu'un individu ayant été condamné à un emprisonnement ferme de la même durée. En effet, dans l'emprisonnement ferme, le délai de récidive part à compter de l'expiration de la peine, tandis que dans l'emprisonnement avec sursis, il ne part qu'à compter de la fin du délai d'épreuve, ce qui est nécessairement beaucoup plus tard que l'expiration de la peine. Il faudrait donc doter le système de davantage de cohérence.

Ainsi, parce que dans la récidive temporaire, la loi a fixé différents délais⁹⁰⁶, les infractions ne pourront former une habitude pénale que si la seconde est commise dans ces délais. Dans les autres institutions, aucun délai n'étant prévu, il faut donc appliquer les règles de prescription.

2. L'application des règles de prescription de l'action publique

221. Domaine de la prescription. Même si le législateur n'a pas explicitement fixé de délai dans lequel le second comportement doit être réalisé, cela ne veut pas dire pour autant que l'exigence d'un tel délai ne doit pas être respectée puisqu'il reste possible d'appliquer les règles de prescription de l'action publique. Il ne s'agit pas ici d'envisager la prescription de l'habitude en tant qu'entité autonome parfaitement constituée⁹⁰⁷ mais seulement la

⁹⁰³ Art. 132-35 pour le sursis simple ; art. 132-52 C. pén. pour le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général.

⁹⁰⁴ Cass. crim. 17 févr. 1998 : Bull. crim. n°62 ; RSC 1998, p. 767, obs. B. BOULOC ; JCP G 1998, II, 10163, note P. SALVAGE ; Dr. pén. 1999, chron. 18, note G. LORHO.

⁹⁰⁵ En ce sens : C. SAAS, « Les sursitaires en danger au regard de la récidive », note sous Cass. avis. 26 janv. 2009, AJ pénal 2009, p. 173, spéc. p. 176.

⁹⁰⁶ Les juges du fond doivent établir l'existence des conditions de délai auxquelles la loi subordonne l'état de récidive afin que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle (Cass. crim. 20 nov. 1969 : Bull. crim. n°312).

⁹⁰⁷ Cette question relevant davantage de son régime juridique : *infra*, n°318 et s.

prescription du premier comportement. Pour que l'habitude existe juridiquement, il faut en effet que le deuxième comportement soit accompli avant que le premier ne soit prescrit.

222. Application classique des règles de prescription. Qu'il s'agisse du concours réel général ou du concours homogène aggravant, pour que l'habitude existe juridiquement, il ne faut pas que les deux comportements soient séparés par une durée supérieure à la prescription de l'action publique. Ce délai sera donc déterminé par la nature du premier acte : selon qu'il s'agit d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, le délai sera respectivement de dix ans, trois ans ou un an⁹⁰⁸. Ainsi, par exemple, si une personne commet l'infraction d'interruption illégale de la grossesse d'autrui⁹⁰⁹, pour encourir la peine aggravée d'interruption *habituelle* de la grossesse d'autrui, elle devra avoir commis une deuxième infraction identique dans le délai de trois ans à compter de la première infraction, puisqu'il s'agit d'un délit. L'habitude ne sera constituée que si la deuxième infraction est commise avant que la première ne soit prescrite⁹¹⁰.

223. Fondement de cette solution. Si l'on considère que la prescription est un obstacle de fond aux poursuites résultant de la disparition de l'infraction, lorsque les infractions sont séparées par une durée supérieure à la prescription, l'habitude n'existe pas car la première infraction a alors disparu juridiquement. En revanche, si l'on admet que la prescription ne fait pas disparaître l'infraction, mais empêche simplement les poursuites pour des raisons d'ordre procédural, alors l'habitude n'existe pas, non pas parce qu'il manque une infraction mais parce que le législateur n'estime pas utile de traiter ensemble ces comportements alors qu'ils ne traduisent pas une persévérance accrue du délinquant dans le mauvais chemin, en raison du temps qui a séparé les infractions⁹¹¹. Les fondements mêmes de la prescription comme l'idée que la paix sociale impose de ne pas prendre en compte une

⁹⁰⁸ Art. 7, 8, et 9 du C. proc. pén.

⁹⁰⁹ Art. L.2222-2 C. santé publ.

⁹¹⁰ V. par exemple, en matière de violences sur mineur de quinze ans aggravées par l'habitude : Cass. crim. 19 nov. 2002 : inédit, pourvoi n°02-82826. La Cour d'appel a pris le soin de mentionner que les deux actes violents étaient séparés par dix-huit mois et quatre jours, sans pour autant faire explicitement référence au délai de prescription ; la Cour de cassation a rejeté le pourvoi sans se prononcer sur cette question.

⁹¹¹ Comp. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°438 selon laquelle « si sa prescription peut constituer un obstacle à la caractérisation de la circonstance aggravante, cela ne tient pas à l'idée qu'elle lui ôterait son caractère de délit, l'empêchant ainsi d'établir l'habitude [...]. Cela s'explique par le fait que, si les actes sont séparés par un délai trop long, ils ne dénotent pas l'habitude, puisque celle-ci implique une certaine fréquence ».

infraction dont le temps a effacé les conséquences, font obstacle à ce qu'une infraction trop ancienne serve à justifier une sanction aggravée.

224. Comparaison avec le droit disciplinaire. Cette idée selon laquelle les infractions ne doivent pas être séparées par un délai trop long se retrouve en droit disciplinaire de l'entreprise. En effet, l'article L. 1332-5 du Code du travail⁹¹² dispose qu'« aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction ». Pendant longtemps, s'est posée la question de savoir si ce texte instituait une prescription de la sanction disciplinaire ou une amnistie⁹¹³. La chambre sociale de la Cour de cassation a tranché puisqu'elle évoque la « prescription édictée par l'alinéa 2 de l'article L. 122-44 du code du travail »⁹¹⁴, et l'article L.1332-5 est désormais dans une section du Code du travail intitulée « prescription des faits fautifs ». L'écoulement du temps joue donc un rôle d'effacement de la sanction, même lorsqu'elle a été exécutée⁹¹⁵. Cet article n'imposant pas à l'employeur d'effacer toute trace de la sanction disciplinaire au bout de trois ans, ce dernier n'est donc pas tenu de faire disparaître du dossier du salarié la mention de cette sanction, contrairement à ce qui a lieu en cas d'amnistie ; en revanche, la première faute disciplinaire ne pourra pas être prise en compte pour constituer une récidive permettant l'aggravation de la sanction. Il faut préciser que la Cour de cassation paraît donc tenir compte, non pas du délai écoulé entre la précédente sanction et l'engagement de nouvelles poursuites, mais du délai entre les *faits* sanctionnés et les nouvelles poursuites⁹¹⁶. On remarque alors une différence avec la récidive pénale puisque dans cette dernière le délai court à compter de l'expiration ou la prescription de la peine subie pour la première infraction⁹¹⁷, et est apprécié au jour de la seconde infraction, contrairement au droit disciplinaire dans lequel le délai est apprécié au jour des nouvelles poursuites.

L'existence d'un délai maximum entre les comportements est donc inhérente à la notion d'habitude pénale. Pourtant, le droit positif n'en prévoit pas toujours un.

⁹¹² Tout comme son prédécesseur, l'article 122-44 alinéa 2.

⁹¹³ R. DE QUENAUDON, « L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps », *Dr. soc.* 1984, p. 173, n°19.

⁹¹⁴ Cass. soc. 10 nov. 1992 : n° 89-43108, Bull. civ. V n°541 ; *D.* 1992, p. 282 ; *Dr. soc.* 1993, p. 56.

⁹¹⁵ J. SAVATIER, *Rép. trav. Dalloz*, v° Droit disciplinaire, 2011, n°454.

⁹¹⁶ Cass. soc. 10 nov. 1992, préc.

⁹¹⁷ *Supra*, n°217.

B. L'absence de délai

225. Institutions concernées. Alors que toutes les habitudes pénales devraient comporter un délai maximum, le droit positif considère parfois que certaines habitudes peuvent être constituées quel que soit le délai qui sépare les comportements. C'est ainsi le cas pour l'infraction d'habitude (1) et certaines habitudes comportant un lien de condamnation (2). En outre cette absence de délai se retrouve parfois dans certaines habitudes extrapénales (3).

1. L'absence de délai dans l'infraction d'habitude

226. Problématique. Dans l'infraction d'habitude, le législateur n'a pas fixé de délai maximum entre les différents actes⁹¹⁸. Toutefois, on ne peut *a priori* pas appliquer les règles de prescription de l'action publique puisque le premier comportement ne constitue pas à lui seul une cause de l'action publique. Est-ce à dire pour autant qu'il n'existe pas de délai maximum entre les comportements constitutifs de l'infraction d'habitude ? La doctrine est partagée sur ce point.

227. Doctrine favorable au délai. Une partie de la doctrine considère que le juge ne peut tenir compte que des faits commis dans le délai de prescription⁹¹⁹. L'habitude serait, selon certains, une notion « périssable »⁹²⁰. Concrètement, cela signifie que l'infraction d'habitude ne peut être constituée que si les deux actes répétés ne sont pas séparés par une durée trop importante, car « toute déperdition dans le rythme de la répétition ne peut que contrarier le principe même de l'habitude, ou être interruptive de son cours »⁹²¹. D'autres avancent des justifications plus techniques, à savoir que tous les éléments constitutifs de l'infraction doivent se trouver dans le délai non prescrit⁹²². Enfin, on a pu avancer que si un fait assez grave pour constituer à lui seul une infraction ne peut plus être poursuivi après un

⁹¹⁸ Sauf en ce qui concerne le délit de fraude habituelle (*supra*, n°103), à propos duquel l'article L. 2242-6 alinéa 2 du Code des transports précise que les dix contraventions ou plus doivent avoir été commises sur une période inférieure ou égale à douze mois.

⁹¹⁹ Notamment R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 2, Sirey, 3^{ème} éd., 1914, n°731-III ; A. VARINARD, *La prescription de l'action publique*, Thèse Lyon, 1973, n°144.

⁹²⁰ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°352.

⁹²¹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°173.

⁹²² F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 2, Plon, 2^{ème} éd., 1866, n°1069.

certain laps de temps, *a fortiori* tel doit être le cas pour un fait d'une importance minimale⁹²³. Dans cette logique, un auteur a proposé que les différents actes ne soient pas séparés par un délai supérieur à cinq ans, par analogie avec la récidive correctionnelle⁹²⁴.

228. Doctrine défavorable au délai. A l'inverse, d'autres auteurs considèrent que le premier acte de l'infraction d'habitude ne peut pas déclencher la prescription, car il n'est pas en lui-même délictueux. Il serait donc possible de prendre en compte des actes séparés par une durée supérieure à la prescription⁹²⁵. Peu importe que ces actes eux-mêmes soient séparés les uns des autres par des intervalles plus longs que le délai de prescription puisque la prescription ne s'applique pas à chacun d'eux pris isolément. La prescription ne pouvant commencer à courir avant la consommation de l'infraction, chacun des faits ne peut se prescrire isolément. Le juge pourra donc retenir tous les faits antérieurs, quelle que soit la durée qui les sépare, la durée séparant les deux actes n'ayant pas à être prise en compte pour la constitution de l'infraction⁹²⁶.

229. Solution de la jurisprudence : absence de délai. Dès le XIX^{ème} siècle, la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que deux actes peuvent constituer l'habitude, quel que soit le temps qui les a séparés⁹²⁷. Malgré les réticences de certaines cours d'appel, qui ont jugé qu'on ne pouvait pas prendre en compte les actes antérieurs séparés par une durée supérieure à la prescription⁹²⁸, la Cour de cassation a maintenu sa position⁹²⁹. A titre de comparaison, on peut remarquer que s'agissant du harcèlement moral, qui n'est pas une infraction d'habitude *stricto sensu* mais une infraction complexe, la jurisprudence semble plus hésitante. Il a ainsi été jugé que si certains responsables d'un établissement avaient eu dans

⁹²³ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., n°185 ; A. BERTAULD, *Leçons de législation criminelle*, cité par A. GOUERY, *De la prescription de l'action publique et de l'action civile*, Thèse Rennes, 1905, p. 146 : « La prescription de trois ans (ou de dix) est fondée en matière de délits sur la présomption des périls d'une vérification qui remonterait plus haut. La difficulté de renouer des faits isolés entre eux par plus de trois ans ne doit-elle pas être elle aussi présumée ? ».

⁹²⁴ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, op. cit., § 29, p. 122.

⁹²⁵ C. COURTIN, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prescription pénale, 2011, n°32 ; C. GAVALDA, « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Etudes de droit criminel*, sous la direction de G. Stefani, Publications de l'Institut de criminologie de la Faculté de droit de Paris, Dalloz, 1956, p. 77, n°13 ; R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, op. cit., n°237.

⁹²⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n°235 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n°374 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, op. cit., n°699.

⁹²⁷ Cass. crim. 15 juin 1821 : Bull. crim. n°122 ; 21 oct. 1841 : S. 1842, 1, p. 904 ; Cass. crim. 30 déc. 1853 : S. 1854, 1, p. 404 ; 7 août 1925 : S. 1927, 1, p. 40.

⁹²⁸ CA Rennes 21 mai 1879 : S. 1880, 2, p. 73 ; CA Dijon 9 mai 1928 : DH 1928, p. 388.

⁹²⁹ Cass. crim. 24 mars 1944 : DA 1944, p. 75 note A. LEBRUN.

leurs rapports professionnels avec la demanderesse une attitude tatillonne voire tracassière, ces comportements occasionnels, non continus et espacés dans le temps ne caractérisaient pas une situation de harcèlement moral⁹³⁰. Une cour d'appel a toutefois admis que la période pendant laquelle les agissements sont répétés peut être très longue, sur plusieurs années, dès lors que les actes participent du même dessein criminel⁹³¹. Autrement dit, il semble que la solution jurisprudentielle posée soit la même qu'en matière d'infraction d'habitude.

230. Appréciation de la solution. Si techniquement, la solution mérite l'approbation, dans la mesure où on ne peut pas appliquer la prescription à un acte qui ne déclenche pas l'action publique, on peut toutefois regretter cette solution extrêmement sévère. On constate ici une distorsion entre droit pénal et criminologie car la jurisprudence estime que deux actes distincts suffisent à caractériser l'habitude sans qu'il y ait à tenir compte du délai qui les sépare alors que, criminologiquement, deux actes séparés par plusieurs années peuvent traduire une certaine propension à la délinquance mais pas forcément une habitude véritable⁹³². Même s'il faut retenir une conception juridique et non criminologique de l'habitude⁹³³, cette exigence sert surtout à éviter une définition trop aléatoire de l'habitude ; il n'est en revanche pas exclu de fonder la définition sur des données criminologiques, à partir du moment où elles se matérialisent par une règle générale et impersonnelle. En outre et surtout, si la prescription constitue une sorte de droit à l'oubli pour les infractions, il semble fort injuste de ne pas pouvoir l'appliquer à des actes qui, par définition, ne sont pas suffisamment graves pour être punissables isolément. En conclusion, et malgré les solutions rendues par la jurisprudence, il faudrait instaurer un délai maximum entre les comportements de l'infraction d'habitude équivalent au délai de prescription. Ces critiques sont également valables en ce qui concerne certaines habitudes comportant un lien de condamnation.

⁹³⁰ CA Paris 8 juin 2001 : *Juris-Data* n°2001-150369.

V. aussi CA Agen 18 nov. 2010 : *Juris-Data* n°2010-025588 : « pour être constitutifs de harcèlement moral, les agissements critiqués doivent être répétés. En conséquence, même si les agissements du prévenu [...] peuvent être qualifiés de répréhensibles, ils sont étalés dans le temps et ne présentent pas de caractère de répétition, de systématisation ou d'acharnement exigés par l'article 222-33-2 du Code pénal ».

⁹³¹ CA Dijon 8 oct. 2003, *Juris-Data* n°2003-225724.

⁹³² M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n°257.

⁹³³ *Supra*, n°26 et n°86.

2. L'absence de délai dans certaines habitudes comportant un lien de condamnation

231. Critère de la gravité de l'habitude. Lorsque les infractions sont reliées entre elles par une condamnation, l'absence de délai maximum entre les infractions formant une habitude est censée être réservée aux infractions les plus graves, pour lesquelles la sanction sera la plus sévère ; en d'autres termes, l'absence de délai se justifierait par la gravité exceptionnelle des infractions commises. Toutefois, cette solution paraît contraire à la notion même d'habitude, tant en ce qui concerne la récidive perpétuelle (a) que la réitération (b).

a) L'absence de délai dans la récidive perpétuelle

232. Notion de récidive perpétuelle. La récidive est dite perpétuelle lorsque la loi ne prévoit aucun délai entre les infractions⁹³⁴. Ainsi, par exemple, même si trente ans se sont écoulés entre le moment où le condamné a fini de purger sa peine pour la première infraction, et le moment où il en commet une autre, la récidive sera constituée. Le caractère permanent des récidives générales et le caractère temporaire des récidives spéciales se justifie par l'idée que la répétition d'infractions graves traduit par elle-même la dangerosité de l'auteur quel que soit le délai séparant les infractions, tandis que le renouvellement d'infractions moyennement graves n'est révélateur de cette dangerosité que si la seconde infraction intervient dans un délai relativement proche de la condamnation⁹³⁵. La doctrine n'est cependant pas unanime. Certains auteurs ont ainsi contesté toute condition de délai, ayant estimé que la récidive doit systématiquement être permanente, c'est-à-dire intemporelle⁹³⁶. Quoiqu'il en soit, la récidive

⁹³⁴ Dans le système italien la récidive est toujours perpétuelle il n'y a donc pas de lien temporel, et toujours générale, il n'y a donc pas de lien d'analogie (S. FIORE, « La construction de l'ennemi, la réforme de la récidive en Italie », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 60). Toutefois, le temps écoulé entre les infractions, et le degré d'analogie, s'il n'est pas exigé au titre de la constitution de l'habitude, sert à distinguer le degré d'aggravation de la peine, ce qui procède d'une logique distincte de la nôtre.

⁹³⁵ A. LEGAL, « Les conditions et effets de la récidive », préc., p. 607 ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°117. V. aussi *supra*, n°183.

⁹³⁶ R. GAROFALO, *La criminologie*, op. cit., p. 358 et 359. V. également A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruylant, 1899, § 519 : « en exigeant pour la récidive de délit sur délit que le nouveau délit ait été commis avant l'expiration de cinq ans depuis que la peine antérieure est subie ou prescrite, la loi méconnaît que parfois la manifestation du penchant au crime à de longs intervalles n'en révèle pas moins sa persistance ».

perpétuelle est réservée aux infractions les plus graves en raison de sa sévérité⁹³⁷. Au regard de la définition de l'habitude, il serait souhaitable d'instaurer un délai maximum, même lorsque les infractions sont de nature criminelle. Evidemment, compte tenu de la gravité des infractions concernées, ce délai pourrait être très long, par exemple vingt ou trente ans, ou bien être calqué sur le délai de prescription.

233. Distinction entre personnes physiques et personnes morales. S'agissant des personnes physiques, la récidive n'est perpétuelle que dans le cas prévu à l'article 132-8 du Code pénal, à savoir lorsque la première infraction est un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et que la seconde infraction est un crime. La récidive perpétuelle est générale, c'est-à-dire que les infractions commises n'ont pas à avoir une qualification juridique strictement identique tant qu'elles sont d'une gravité équivalente⁹³⁸. La récidive perpétuelle des personnes morales est également prévue. L'article 132-12 du Code pénal ne prévoit pas de délai lorsque la première infraction est un crime, ou un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros d'amende, et que la seconde est un crime.

234. Absence de délai et imprescriptibilité. La prise en compte d'infractions très éloignées les unes des autres dans le temps peut faire penser à un phénomène comparable : celui de l'imprescriptibilité de certaines infractions. Le Code pénal prévoit en effet que certaines infractions particulièrement graves comme les crimes contre l'humanité ne se prescrivent jamais⁹³⁹. Toutefois, on considère généralement que, au-delà de leur extrême gravité, les crimes contre l'humanité sont d'une nature exceptionnelle en ce qu'ils portent atteinte à l'humanité, qui seule, justifierait l'imprescriptibilité. Cette explication ne se retrouve pas en matière de récidive, ce qui laisse à penser que l'on pourrait instaurer un délai de récidive, même en matière criminelle. Une telle proposition serait d'autant plus logique que les crimes de guerre⁹⁴⁰ ne sont pas imprescriptibles.

Ainsi, si en matière de récidive perpétuelle, l'absence de délai peut éventuellement se justifier par la gravité des infractions commises, tel n'est pas le cas en matière de réitération.

⁹³⁷ Comp. E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n°418 : « Dans la mesure où le second terme peut être constitué d'un plus grand nombre d'infractions – ce qui augmente les risques d'être condamné en état de récidive –, les occurrences de récidive générale recouvrent les situations les plus graves ».

⁹³⁸ *Supra*, n°181 et s.

⁹³⁹ Art. 213-5 C. pén.

⁹⁴⁰ Art. 461-1 et s. C. pén.

b) L'absence de délai dans la réitération d'infractions

235. Utilité de la réitération. La réitération d'infractions est l'hypothèse dans laquelle la récidive ne peut être constituée car il manque soit la condition de spécialité, soit la condition de délai, soit les deux. Par conséquent, une personne peut être en état de réitération parce que la condition d'analogie n'est pas remplie, même si la condition de délai l'est. Par exemple, une personne commet une escroquerie en 2007. Elle est condamnée irrévocablement en janvier 2008 à une peine d'emprisonnement ferme d'une durée de deux ans. A sa sortie de prison, en janvier 2010, cette personne commet une nouvelle infraction, comme une destruction de bâtiment. Dans cette hypothèse, la récidive générale n'est pas applicable car la première infraction est un délit puni de moins de dix ans d'emprisonnement. La récidive spéciale n'est pas envisageable non plus car la seconde infraction n'est ni identique, ni assimilée à la première. Seule la réitération est applicable. En l'espèce, le délai entre les deux infractions étant relativement court (trois ans), la récidive correctionnelle aurait pu être applicable puisqu'en la matière le délai est de cinq ans. Dans cet exemple, l'auteur des faits sera toutefois en état de réitération et non de récidive car même si la condition de délai est remplie, la condition d'analogie ne l'est pas. En réalité, c'est précisément pour cette hypothèse que la réitération a été créée et qu'elle revêt une certaine utilité : la réitération a vocation à relier ensemble tous les agissements délictueux non prescrits d'un délinquant. En ce sens, le concept de réitération tel qu'il existe aujourd'hui ne coïncide pas vraiment avec la définition de l'habitude proposée. Il est en effet également possible que la réitération soit applicable lorsqu'aucune condition n'est remplie, c'est-à-dire lorsque les infractions ne sont ni analogues, ni liées dans le temps, auquel cas seul le lien procédural⁹⁴¹ permettra de justifier que les infractions soient traitées ensemble en formant une habitude. Par conséquent, malgré les faibles conséquences de la réitération en termes de sanction⁹⁴², la réitération devrait également impliquer un délai.

L'absence de délai entre les comportements accomplis n'est toutefois pas spécifique à l'habitude pénale puisque ce phénomène se retrouve également dans certaines habitudes extrapénales.

⁹⁴¹ C'est-à-dire la condamnation entre les infractions : *infra*, n°238 et s.

⁹⁴² *Infra*, n°467.

3. L'absence de délai dans certaines habitudes extrapénales

236. Absence de délai en droit de la concurrence. A l'instar de la récidive perpétuelle, la réitération en droit de concurrence n'est pas soumise à une condition de délai. Dans une décision du 15 octobre 2007⁹⁴³, le Conseil de la concurrence a en effet affirmé que « le législateur n'a pas fixé de limite à la prise en compte de décisions antérieures pour établir la réitération. En conséquence, le Conseil de la concurrence dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer les périodes au cours desquelles il tiendra compte des infractions précédemment constatées. En revanche, le principe de proportionnalité invite à ce que la période de temps écoulée entre les pratiques incriminées et le ou les constats d'infraction antérieurs soit prise en compte notamment pour apprécier, à l'aune de l'objectif de dissuasion, la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence. La réitération de pratiques sanctionnées vingt ans auparavant n'appelle pas *a priori* la même réponse que celles qui l'ont été trois ans plus tôt »⁹⁴⁴. Cette solution, confirmée par la suite⁹⁴⁵, est conforme à une décision de la Cour de justice des Communautés européennes dans laquelle la commission européenne avait pris en compte une décision rendue vingt ans auparavant pour établir la récidive⁹⁴⁶ au regard des nouvelles pratiques. Toutefois, le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la commission des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour déterminer une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence⁹⁴⁷. Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'étant pas soumis au principe de légalité criminelle, il est ainsi possible d'apprécier au cas par cas la nécessité de prendre en compte ou non une précédente décision. Le juge pourra d'ailleurs moduler la sanction en fonction du délai écoulé entre les différentes pratiques.

237. Absence de délai en droit disciplinaire de la fonction publique. Dans la même logique, le droit disciplinaire de la fonction publique ne prévoit aucun délai pour caractériser

⁹⁴³ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'Internet à haut débit : *RTD com.* 2008, p. 63, note E. CLAUDEL ; *D.* 2007, AJ 2668, obs. E. CHEVRIER ; CCC 2007, comm. 307, obs. D. BOSCO.

⁹⁴⁴ Point n°125.

⁹⁴⁵ Notamment Cons. conc. 11 juin 2008, décision n°08-D-13.

⁹⁴⁶ CJCE 8 févr. 2007, aff. C-3/06, Comm. CE c/ Danone. Rappelons que la CJCE a une conception extrêmement large de la notion de récidive, qui s'apparente davantage à celle de réitération en droit de la concurrence.

⁹⁴⁷ Décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane.

la récidive disciplinaire. Pour déterminer le montant de la sanction encourue par le fonctionnaire territorial ayant commis une faute disciplinaire, il est alors possible de tenir compte des fautes antérieurement commises et ayant donné lieu à des précédentes sanctions disciplinaires ; contrairement au droit disciplinaire de l'entreprise dans lequel une précédente sanction ne peut pas être prise en compte plus de trois ans après⁹⁴⁸, il semble qu'en droit de la fonction publique, il n'y ait pas de délai. Ainsi, par exemple, un agent peut être mis à la retraite d'office pour avoir donné un coup de poing à un de ses collègues car il avait déjà été sanctionné pour un comportement violent treize ans auparavant⁹⁴⁹.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que la récidive administrative est, elle aussi, perpétuelle, sauf texte contraire⁹⁵⁰.

Ainsi, alors que la définition pénale de l'habitude implique en principe que les comportements répétés ne soient pas séparés par un délai trop long, les autres disciplines sont parfois moins exigeantes et admettent la prise en compte de comportements très éloignés dans le temps.

⁹⁴⁸ *Supra*, n°224.

⁹⁴⁹ CAA Bordeaux, 31 juill. 2008, req. n°07BX00777, *M. Guy X.*

⁹⁵⁰ F. COLIN, « La récidive administrative », *AJDA* 2009, p. 2148, spéc. p. 2150.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La justification principale du regroupement des comportements répétés au sein d'une nouvelle entité, l'habitude pénale, est d'ordre substantiel. C'est dans ce lien que l'habitude puise toute sa spécificité.

Dans un premier temps, ce lien a ainsi été appréhendé sous l'angle qualitatif. Il a été proposé d'admettre que les comportements répétés ne pouvaient former une habitude que s'ils étaient analogues. En droit positif, cette proposition se vérifie de manière inégale. Dans la majorité des cas, elle est respectée : au mieux le Code pénal impose une identité parfaite de qualification, au pire il se contente d'infractions « assimilées » ou de gravité similaire. En revanche, malgré les incertitudes doctrinales, l'existence d'un lien de causalité entre les comportements ne peut en aucun cas fonder l'habitude. Lorsque la causalité est objective, c'est-à-dire lorsqu'un comportement a été matériellement causé par le précédent, l'habitude nous paraît en effet exclue car l'absence d'indépendance entre les comportements empêche de caractériser la répétition nécessaire à l'habitude. Lorsque la causalité est subjective, c'est-à-dire lorsque dans l'esprit de l'agent, tous les comportements participent d'un même dessein criminel, l'habitude est envisageable, mais l'union des comportements ne sera pas fondée sur ce paramètre, qui est simplement indifférent et ne constitue donc pas une condition de l'habitude.

Dans un second temps, le lien unissant les comportements a été appréhendé sous l'angle temporel. Il a en effet semblé nécessaire de limiter le champ d'application de l'habitude dans le temps. Autrement dit, les comportements répétés ne mériteraient d'être appréhendés ensemble par le droit pénal que s'ils s'inscrivent dans un cadre temporel précis : ils ne doivent donc être ni trop proches, ni trop éloignés dans le temps. D'abord, il semble que les comportements concomitants sont trop proches dans le temps pour former une habitude ; il faut au contraire qu'un minimum de temps se soit écoulé afin qu'ils ne participent pas de la même action criminelle. Ensuite, les comportements ne doivent pas non plus être séparés par un délai trop long. Dans cette perspective, il ne nous revenait pas de fixer arbitrairement un délai particulier mais simplement de nous assurer qu'un tel délai existait. Or, si le législateur a effectivement prévu un délai dans la plupart des institutions, cela n'est pas toujours le cas. Cette absence de délai ne se justifie pas toujours, même au regard de la gravité des infractions concernées. C'est alors un lien procédural qui pourra pallier cette carence.

Chapitre 2 : Le lien procédural, condition particulière de l'habitude pénale

238. Exclusion des liens procéduraux fondés sur un lien substantiel. Il arrive qu'en plus du lien substantiel, les comportements répétés soient unis par un lien de nature procédurale. Ainsi, la récidive et la réitération ne sont concevables que si les infractions sont unies par une décision de condamnation sanctionnant la première infraction. L'existence d'une condamnation n'est cependant pas le seul lien procédural possible. La procédure pénale connaît en effet notamment les liens de connexité ou d'indivisibilité⁹⁵¹, qui peuvent unir plusieurs infractions. Mais ces derniers n'étant que la manifestation procédurale d'un lien substantiel (comme un lien spatial, temporel, ou de causalité), ils doivent être exclus. L'attention doit donc se porter sur un lien purement procédural : l'existence d'une condamnation entre les infractions.

239. Objet de l'étude : la condamnation entre les infractions. La personne qui commet une infraction après avoir été condamnée pour une autre infraction n'a pas tenu compte de l'« avertissement solennel de la justice »⁹⁵², si bien que son passé pénal peut lui être reproché. La spécificité de la récidive et de la réitération réside ainsi dans le fait qu'outre les liens d'analogie et temporel, les infractions sont liées par une condamnation pénale. Evidemment, la condamnation constitue la sanction de la première infraction mais cette donnée n'exclut pas sa dépendance à l'égard de la seconde infraction. Si la majorité de la doctrine envisage la condamnation comme étant le premier terme de la récidive⁹⁵³, elle semble toutefois devoir être détachée de la première infraction et servir de lien entre les deux infractions. Par conséquent, lorsque plus de deux infractions ont été accomplies, il ne peut y avoir récidive ou réitération que s'il existe une condamnation entre chaque infraction, par exemple entre la première et la deuxième, et entre la deuxième et la troisième.

240. Importance du lien procédural. Là où le droit pénal ne se satisfait donc pas du simple constat d'une première infraction, d'autres matières s'en contentent, comme le droit administratif, qui qualifie un acte de récidive sans condamnation préalable, ni même sans

⁹⁵¹ Sur ces deux notions : v. *infra*, n°407.

⁹⁵² Sur cette notion, v. *infra*, n°496 et s.

⁹⁵³ *Supra*, n°66.

poursuite⁹⁵⁴. En revanche, la récidive revêt parfois un sens comparable à celui du droit pénal lorsqu'elle implique que la personne a déjà été sanctionnée pour la faute commise, comme c'est le cas de la réitération en droit de la concurrence ou encore de la récidive disciplinaire en droit de l'entreprise ou en droit de la fonction publique.

En droit pénal, l'existence d'une condamnation entre les infractions constitue un élément qualifiant particulier à la récidive et la réitération. Ce paramètre, propre à ces deux institutions, met en évidence l'existence de plusieurs catégories d'habitudes pénales. L'exigence d'une intervention judiciaire entre les différentes infractions permet en effet de distinguer les habitudes pénales *judiciaires* (récidive et réitération) des habitudes pénales *non judiciaires* (infraction d'habitude et concours réel d'infractions). Cette condition mérite ainsi d'être étudiée en détail.

241. Plan du Chapitre 2. La condition de condamnation pénale exigée au titre de ces deux institutions emprunte à la définition classique de la condamnation, mais certaines de ses caractéristiques sont propres à la récidive et à la réitération⁹⁵⁵. En effet, pour être prise en compte dans la constitution de l'habitude, la condamnation pénale doit non seulement exister, mais encore remplir certains attributs. On envisagera donc la notion de condamnation pénale (Section 1), puis les condamnations prises en compte pour la caractérisation des habitudes pénales judiciaires (Section 2).

Section 1 : La notion de condamnation pénale

242. Nature et contenu de la décision de condamnation. Il est important de préciser la notion de condamnation pénale car elle permet de distinguer la récidive et la réitération du concours réel d'infractions. Elle permet donc d'identifier les habitudes pénales judiciaires,

⁹⁵⁴ F. COLIN, « La récidive administrative », préc., p. 2149. En la matière, le règlement prévoit la récidive de manière spéciale mais jamais de manière générale, et la récidive appartient aux circonstances de l'affaire, ce qui implique qu'elle peut faire l'objet d'une appréciation variable.

⁹⁵⁵ Les différentes conditions ont été forgées en matière de récidive, mais malgré l'absence de jurisprudence en la matière (probablement faute de contentieux), on doit considérer qu'elles sont également applicables à la réitération dans la mesure où le texte exige aussi une condamnation. En ce sens : S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41, n°22.

même si elle n'est qu'une condition particulière de l'habitude⁹⁵⁶. Elle se définit comme une décision à caractère juridictionnel (§ 1) au contenu particulier (§ 2).

§ 1 : Le caractère juridictionnel de la décision de condamnation

243. Problématique. L'acte juridictionnel se définit comme « l'acte émanant d'un juge qui, à l'issue d'une procédure, procède à une constatation lui permettant de trancher le litige par sa décision »⁹⁵⁷, ce qui revient à dire qu'un acte n'est juridictionnel que lorsqu'il remplit quatre critères : organique, procédural, intellectuel et finaliste⁹⁵⁸. Dans la majorité des cas, l'auteur d'une infraction est jugé par une juridiction de jugement classique : tribunal de police, tribunal correctionnel, cour d'assises, etc, auquel cas la nature juridictionnelle de la décision de condamnation ne pose pas de problème particulier. Toutefois, il arrive qu'il fasse l'objet d'une procédure pénale particulière, comme la composition pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, à l'issue de laquelle la décision rendue a une nature spécifique.

244. Exclusion des ordonnances de validation de composition pénale. La nature juridique de l'ordonnance de validation d'une composition pénale a suscité beaucoup d'interrogations. Le juge n'est en effet pas saisi d'un conflit relatif à la culpabilité ou la peine, mais d'une procédure de validation dans laquelle l'individu a reconnu sa culpabilité et accepté la peine proposée. S'alignant sur la solution indiquée par une circulaire ministérielle⁹⁵⁹, plusieurs cours d'appel⁹⁶⁰ et la chambre criminelle de la Cour de cassation ont considéré que l'ordonnance de validation de composition pénale était dénuée de toute autorité de chose jugée⁹⁶¹, ce qui revenait implicitement à lui dénier tout caractère juridictionnel⁹⁶². La chambre

⁹⁵⁶ L'existence de cette condamnation a joué cependant un rôle dans la détermination de la sanction de l'habitude : v. *infra*, n°494 et s.

⁹⁵⁷ J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, n°312.

⁹⁵⁸ A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 49, 2010, n°291.

⁹⁵⁹ Circ. CRIM 01-14 F1 du 11 juill. 2001.

⁹⁶⁰ CA Pau 29 mai 2008 : n°07/01027, et CA Rouen 9 juin 2008 : n°07/00920.

⁹⁶¹ Cass. crim. 24 juin 2008 : Bull. crim. n°162 : « attendu qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel a justifié sa décision, notamment au regard de l'article 41-2 alinéa 9 du Code de procédure pénale, selon lequel la composition pénale, si elle éteint l'action publique, ne fait pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel statuant sur les seuls intérêts civils » ; *D.* 2009, chron. 44, obs. P. CHAUMONT et E. DEGORCE ; *AJ pénal* 2008, p. 422 obs. C. SAAS.

⁹⁶² En ce sens : I. BEYNEIX et J. ROVINSKI, « L'ordonnance de validation de la composition pénale n'a pas autorité de chose jugée au pénal sur le civil », note sous Cass. soc. 13 janv. 2009, *D.* 2009, p. 709.

sociale de la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens⁹⁶³ pour dénier toute autorité de chose jugée à l'ordonnance de validation de composition pénale sur le civil. S'est alors posée la question de savoir si une amende de composition pénale pouvait être prise en compte au titre de la récidive. Dans un avis rendu le 18 janvier 2010, la Cour de cassation a considéré qu'« une amende de composition pénale exécutée ne peut pas constituer le premier terme d'une récidive, au sens de l'article 132-10 du code pénal »⁹⁶⁴. La justification réside en ce que la composition pénale constitue une alternative aux poursuites qui, exécutée, éteint l'action publique⁹⁶⁵. La solution a été récemment reprise par la chambre criminelle⁹⁶⁶ au visa de l'article 132-10 du Code pénal. D'ailleurs, les travaux préparatoires de la loi de 1999 créant la composition pénale excluaient expressément toute incidence de l'inscription au casier judiciaire de la composition pénale sur les règles de la récidive. En outre, l'article L. 223-1 alinéa 4 du Code de la route dispose : « la réalité d'une infraction entraînant retrait de points est établie par [...] l'exécution d'une composition pénale ou par une condamnation définitive », ce qui tend à démontrer qu'une composition pénale ne constitue pas une condamnation.

245. Comparaison avec la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. A la différence de l'ordonnance de validation de la composition pénale, l'article 495-11 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que l'ordonnance motivée homologuant l'accord conclu en application de la procédure sur reconnaissance préalable de culpabilité « a les effets d'un jugement de condamnation », ce qui signifie qu'il peut être pris en compte pour l'état de récidive⁹⁶⁷. Cette solution se justifie par le caractère juridictionnel de l'ordonnance d'homologation.

246. Jurisprudence communautaire. Il est intéressant de remarquer que ce caractère juridictionnel de la décision n'est pas exigé par la jurisprudence communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes a en effet sa propre conception de la notion de

⁹⁶³ Cass. soc. 13 janv. 2009 : pourvoi n°07-44718, *JCP S* 31 mars 2009, 1155, comm. T. LAHALLE.

⁹⁶⁴ Cass. avis. 18 janv. 2010 : *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°6, note E. GARÇON ; *RPDP* 2010, p. 421, note X. PIN ; *AJ pénal* 2010, p. 187, note J. DANET ; *Gaz. Pal.* 24-25 mars 2010, p. 20, obs. S. DETRAZ.

⁹⁶⁵ Ainsi, en l'absence de déclenchement de l'action publique, aucun premier terme de la récidive ne peut être constitué : CA Douai 15 sept. 2009 : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°11, obs. E. GARÇON.

⁹⁶⁶ Cass. crim. 30 nov. 2010 : pourvoi n°10-80460 ; *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°6, obs. E. GARÇON.

⁹⁶⁷ En ce sens : S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », préc., n°43 ; F. MOLINS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 2011, n°40 ; C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004, p. 827.

condamnation pénale, plus large que la conception française, puisqu'elle estime qu'une personne peut être considérée comme ayant été définitivement jugée lorsqu'elle a fait l'objet d'une mesure de transaction clôturant l'action publique⁹⁶⁸. En revanche, pour la Cour de Justice, un simple classement sans suite ne constitue pas un jugement définitif⁹⁶⁹.

La notion de condamnation est donc limitée, en droit français, aux décisions à caractère juridictionnel. Son contenu est également encadré.

§ 2 : Le contenu de la décision de condamnation

247. Conception stricte. La jurisprudence a une conception assez stricte de la notion de condamnation. La Cour de cassation rappelle notamment que ce n'est pas la déclaration de culpabilité qui fonde la récidive mais l'existence d'une peine qui lui est associée⁹⁷⁰. La condamnation pénale suppose donc « l'intervention d'une déclaration de culpabilité, suivie de l'application d'une sanction »⁹⁷¹, ce que certains appellent « l'équation infraction - sanction »⁹⁷². Ainsi, une simple déclaration de culpabilité est insuffisante (A) si elle n'est pas accompagnée d'une peine (B).

A. L'insuffisance d'une simple déclaration de culpabilité

248. Déclaration de culpabilité non assortie d'une peine. Il arrive que la déclaration de culpabilité ne soit pas assortie d'une peine. C'est le cas de la dispense de peine et de l'ajournement du prononcé de la peine⁹⁷³, ce dernier cas correspondant à une hypothèse de

⁹⁶⁸ CJCE 11 févr. 2003 : *Götzütok c/ Brügge* : « dans le cadre de telles procédures, il est mis fin à l'action publique au moyen d'une décision émanant d'une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale dans l'ordre juridique national concerné » (§ 27), « lorsqu'à la suite d'une telle procédure, l'action publique est définitivement éteinte, la personne concernée doit être considérée comme ayant été « définitivement jugée » au sens de l'art. 54 de la Convention de Schengen » (§ 30) : *D.* 2003, p. 1458, note F. JULIEN-LAFERRIERE.

⁹⁶⁹ CJCE 10 mars 2005 : *JCP G* 2005, IV, 1916.

⁹⁷⁰ Cass. crim. 16 févr. 1983 : Bull. crim. n°61 ; *JCP G* 1983, IV, 139.

⁹⁷¹ S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », préc., n°7.

⁹⁷² G. ROUJOU DE BOUBEE, « L'ajournement et la dispense de peine. Réflexions sur la dissociation de la déclaration de culpabilité et du prononcé de la sanction en droit positif français », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 955, spéc., p. 956. L'auteur reprend l'expression de L. RADZINOWICZ : « the iron of crime and punishment », in « The equivocacy of the suspended sentence, recent English experiment », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, p. 292.

⁹⁷³ Art. 132-58 et 132-60 C. pén.

césure du procès pénal⁹⁷⁴ comme dans les pays de Common Law, où l'on distingue traditionnellement les phases de *conviction* et de *sentence*. Dans ces deux hypothèses, la déclaration de culpabilité ne suffit pas pour être prise en compte au titre d'une récidive ou d'une réitération⁹⁷⁵. Un auteur a proposé d'abandonner la référence en droit français à la peine prononcée pour se satisfaire d'une simple déclaration de culpabilité⁹⁷⁶ car, selon lui, cela n'aurait pas de grandes répercussions et cela permettrait surtout de faire entrer dans le champ de la récidive des délinquants qui n'y sont pas, notamment ceux à l'encontre desquels aucune peine n'a été prononcée. Mais cela conduirait alors à faire de la seule commission de l'infraction un critère de la récidive, sans prendre en compte la personnalité de l'auteur, ce qui ne correspond pas vraiment aux orientations de notre droit pénal. La notion d'habitude pénale n'exige pas une condamnation mais l'utilité de la récidive et de la réitération au sein des habitudes justifie que cette exigence et pas seulement pour le régime répressif puisque la condamnation vient parfois suppléer l'absence de lien substantiel. Si l'on veut maintenir l'utilité des institutions de récidive et de réitération⁹⁷⁷, la condition de condamnation pénale définitive doit permettre une distinction non artificielle avec le cas du concours réel car cette condamnation constitue l'avertissement solennel de la justice qui justifie classiquement une sanction plus sévère⁹⁷⁸. Cela implique qu'une peine ait été prononcée ; telle est d'ailleurs l'opinion de la jurisprudence qui considère qu'il n'y a pas « condamnation » en cas de dispense de peine (1) ou d'ajournement du prononcé de la peine (2).

⁹⁷⁴ V. à ce sujet M. ANCEL, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney*, Sirey, 1964, p. 205 ; C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 39, 2004.

⁹⁷⁵ On peut remarquer à titre de comparaison qu'une demande en révision peut être formée par « toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit », mais l'article 622 1° à 4° du Code de procédure pénale précise qu'elle doit être justifiée par la survenue d'un élément nouveau après la « condamnation » pour l'infraction, et l'article 623, 2° et 3° prévoit que la demande peut émaner du « condamné » ou de ses représentants légaux, etc ; pourtant la Cour de cassation accepte la révision des décisions portant dispense de peine (Cass. crim. 26 juin 1991 : Bull. crim. n°283). La déclaration de culpabilité est donc assimilée à une condamnation.

En outre, en droit civil, et plus précisément en matière successorale, les articles 726 et 727 du Code civil établissent plusieurs cas d'indignité successorale à l'encontre de l'héritier potentiel qui a été condamné à une peine criminelle ou correctionnelle pour certaines infractions commises au préjudice du *de cuius*. Mais l'article 727-1 alinéa 1 précise que le délai de péremption de l'action en déclaration de l'indignité peut courir à compter de « la décision de condamnation ou de la déclaration de culpabilité », ce qui laisse entendre qu'une simple déclaration de culpabilité serait suffisante pour motiver une indignité, même si aucune peine n'est infligée à l'auteur.

⁹⁷⁶ E. CAMOUS, « Un droit de la récidive en quête de cohérence », *Dr. pén.* 2009, étude 3, n°21.

⁹⁷⁷ On convient aisément que la réitération n'a qu'un intérêt limité en termes de sanction : v. *infra*, n°467 et s.

⁹⁷⁸ *Infra*, n°496 et s.

1. La dispense de peine

249. Jurisprudence criminelle. La loi prévoit que, dans telle ou telle circonstance, l'auteur des faits reconnu coupable ne pourra pas être condamné, c'est-à-dire se voir infliger une peine⁹⁷⁹. Ainsi, la dispense de peine exclut le prononcé de toute peine, principale et complémentaire, sur appréciation de la juridiction de jugement⁹⁸⁰. Dès lors, puisqu'aucune peine n'est infligée, la doctrine est réticente à parler de condamnation⁹⁸¹. La jurisprudence statue dans le même sens, la Cour de cassation ayant jugé, dans un arrêt du 9 avril 2008⁹⁸², qu'une cour d'appel qui retient que « la dispense de peine ne constitue pas une condamnation permettant en application des dispositions de l'article 706-54 alinéa 1 du Code de procédure pénale l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques » a correctement appliqué la loi.

Cette solution est-elle applicable à la récidive ? La majorité de la doctrine y est favorable⁹⁸³, ce qui semble logique au regard de la définition abstraite de la condamnation. On doit admettre que cet arrêt de 2008 tranche la question⁹⁸⁴, sans qu'il y ait à distinguer le domaine d'application de la condamnation : fichier national automatisé des empreintes génétiques ou récidive. En définitive, une déclaration de culpabilité assortie d'une dispense de peine ne constitue pas une condamnation pénale⁹⁸⁵. C'est également en ce sens que statue la jurisprudence administrative.

⁹⁷⁹ On ne traitera pas ici des cas d'exemption légale de peine.

⁹⁸⁰ Art. 132-58 al. 1 C. pén. : « La dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé ».

⁹⁸¹ En ce sens : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°510 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 924.

⁹⁸² Cass. crim. 9 avr. 2008 : Bull. crim. n°97 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 118, obs. A. MARON ; *AJ pénal* 2008, p. 329, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.* 2008, p. 1484, note M. LENA.

⁹⁸³ En ce sens : D. CARON, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-58 à 132-70-1, fasc. 20 : dispense de peine et ajournement, 2010, n°25 ; E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1558 ; E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine, op. cit.*, n°411 et 455 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « L'ajournement et la dispense de peine (...) », préc., p. 967.

En revanche, M.-L. RASSAT considère que la déclaration de culpabilité assortie d'une dispense de peine est une condamnation pénale car la dispense de peine a toutes les caractéristiques d'une condamnation (inscription au casier judiciaire, voies de recours, intérêts civils...) mais qu'elle est insuffisante quand les conséquences à en tirer dépendent du niveau de la peine prononcée, ce qui est le cas en matière de récidive (*Droit pénal général, op. cit.*, n°486).

⁹⁸⁴ En ce sens : D. CARON et S. MENOTTI, Chronique de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, *D.* 2008, p. 1722, n°4 ; A. MARON, « Coupables mais pas condamnés », note sous Cass. crim. 9 avr. 2008, *AJ pénal* 2008, comm. 118.

⁹⁸⁵ En revanche, en l'absence de disposition légale spécifique et conformément à une interprétation stricte de la loi pénale, le délinquant récidiviste n'est pas exclu du bénéfice de la dispense de peine. Concrètement, la première infraction doit avoir été sanctionnée par une condamnation, c'est-à-dire une déclaration de culpabilité assortie d'une peine, mais une fois que l'état de récidive est constitué, le juge peut accorder une dispense de

250. Jurisprudence administrative. Un tribunal administratif⁹⁸⁶ a ainsi décidé que le jugement portant dispense de peine n'étant pas une condamnation au sens de l'article L. 223-1 du Code de la route, il n'entraînait pas une perte de points du permis de conduire dans le cas où le prévenu était poursuivi pour infraction aux règles de ce code. Dans la même affaire, le Conseil d'Etat a également jugé qu'il résultait des dispositions de l'article 469-1 du Code de procédure pénale, qui sont d'interprétation stricte, qu'une décision par laquelle le juge pénal déclare le titulaire d'un permis de conduire coupable d'une infraction justifiant un retrait de points de son permis mais le dispense de peine « ne saurait être assimilée à une condamnation au sens de l'article L. 11-1 du code de la route »⁹⁸⁷.

Si les juridictions judiciaires et administratives s'accordent sur l'absence de condamnation en cas de dispense de peine, la Cour de cassation retient une solution originale en matière de concours réel.

251. Influence de la dispense de peine sur le concours réel. L'article 132-2 du Code pénal définit le concours réel comme la situation dans laquelle « une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction ». Au regard des précisions apportées sur la notion de condamnation, on pourrait penser que dans l'hypothèse où une personne aurait simplement été déclarée coupable pour la première infraction, sans se voir infliger de peine (donc pas « condamnée » au sens strict), elle serait en état de concours réel si elle devait commettre une seconde infraction. Or, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide le contraire : le concours est exclu, même en l'absence de condamnation, dès lors que pour la première infraction, un jugement de culpabilité a été rendu, serait-ce une décision de dispense de peine⁹⁸⁸. Cette solution semble assez incohérente, ou alors repose sur l'importance du prononcé d'une peine dans le processus de récidive. Par conséquent, une telle hypothèse constitue une sorte de « vide juridique » dans la mesure où, le délinquant n'est ni récidiviste ni réitérant – faute de peine prononcée –, ni en état de concours réel.

peine pour la seconde infraction. Une telle possibilité semble cependant incompatible avec l'effet classique de la récidive, qui est l'aggravation de la peine encourue.

⁹⁸⁶ TA Toulouse 29 juin 1998 : *D.* 2000, somm. 116, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Dr. pén.* 1999, comm. n°69, obs. M. VERON.

⁹⁸⁷ CE 16 juin 2004, n° 248628 : *D.* 2005. Jur. 2516, note D. PERE.

⁹⁸⁸ Cass. crim. 8 nov. 2006 : Bull. crim. n°281 ; *AJ pénal* 2007, p. 27, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.* 2008, 1, somm. 1149 note MONNET.

Il faut donc distinguer soigneusement déclaration de culpabilité et condamnation⁹⁸⁹, seule la deuxième pouvant constituer l'état de récidive. Par conséquent, il n'y a pas non plus condamnation en cas d'ajournement du prononcé de la peine.

2. L'ajournement du prononcé de la peine

252. Possibilité de prononcer une dispense de peine au terme de l'ajournement.

L'ajournement est la possibilité offerte au juge de différer le prononcé de la peine, lorsque les conditions de la dispense de peine ne sont pas encore remplies mais pourraient l'être à relativement brève échéance⁹⁹⁰, parce que si le reclassement du coupable n'est pas encore acquis, il est en voie de l'être. C'est une procédure dans laquelle le juge reconnaît l'individu coupable mais remet à une audience ultérieure la question de l'application de la peine. Une partie de la doctrine estime qu'en matière d'ajournement du prononcé de la peine, comme en matière de dispense, la seule déclaration de culpabilité non assortie d'une peine ne peut constituer le premier terme d'une récidive⁹⁹¹. De même, plusieurs chambres de la Cour de cassation s'accordent à dire qu'une déclaration de culpabilité avec ajournement du prononcé de la peine ne constitue pas une condamnation dès lors qu'au terme de l'ajournement le juge peut prononcer une dispense de peine⁹⁹².

Par conséquent, une déclaration de culpabilité assortie d'un ajournement du prononcé de la peine ne constitue pas une condamnation : cela ne sera le cas que si la juridiction prononce effectivement une peine au terme de l'ajournement. La peine est donc une condition nécessaire de la condamnation, et partant, de la récidive et de la réitération, contrairement aux autres institutions d'habitude.

⁹⁸⁹ La loi assimile condamnation et simple déclaration de culpabilité mais uniquement en cas de relaxe. En outre, la jurisprudence est parfois trop imprécise, comme dans l'espèce où elle a jugé que « en cas de condamnation, les juges disposent d'une faculté dont ils ne doivent aucun compte pour prononcer une dispense de peine » (Cass. crim. 5 mars 1997 : inédit, pourvoi n°96-84264). En l'occurrence, la Cour de cassation voulait faire référence à la déclaration de culpabilité et non à la condamnation.

⁹⁹⁰ Art. 132-60 al. 1 C. pén. : « La juridiction peut ajourner le prononcé de la peine lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est en voie d'être acquis, que le dommage causé est en voie d'être réparé et que le trouble résultant de l'infraction va cesser ».

⁹⁹¹ G. ROUJOU DE BOUBEE, « L'ajournement et la dispense de peine (...) », préc., p. 967.

⁹⁹² Cass. crim. 23 oct. 1996 : Bull. crim. n° 371 ; D. 1997, IR p. 45. V. aussi Cass. 1^{ère} civ. 15 juill. 1999 : Bull. civ. I n°234 ; D. 1999, IR p. 211.

B. La nécessité d'une peine

253. Exigences. L'existence d'une peine infligée à l'auteur entre la commission des deux comportements participe de la définition de la condamnation pénale requise en matière de récidive et réitération. Elle permet en outre de distinguer ces habitudes pénales judiciaires des habitudes pénales non judiciaires, d'où son importance. En résumé, pour qu'il y ait condamnation, il faut que la déclaration de culpabilité soit assortie d'une peine⁹⁹³, ce qui implique qu'une peine existe (1) et qu'elle soit identifiée (2).

1. L'existence d'une peine

254. Peine et autres sanctions. La condamnation pénale est absente lorsque, malgré l'octroi d'une exemption de peine, la juridiction ordonne la confiscation obligatoire⁹⁹⁴, car celle-ci constitue une mesure de sûreté plus qu'une peine⁹⁹⁵. De même, la condamnation pénale est exclue lorsque les seules sanctions prononcées sont des mesures civiles (dommages-intérêts, restitution...) ou des sanctions administratives⁹⁹⁶.

C'est également le cas pour les sanctions applicables aux mineurs. En effet, l'article 20-2 alinéa 5 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante dispose expressément que « pour l'application des articles 132-8 à 132-11, 132-18-1 et 132-

⁹⁹³ L'exigence d'une condamnation à une peine, et non simplement d'une condamnation émanant d'une juridiction pénale, traduit une conception finaliste de la notion de condamnation pénale : E. GARÇON, *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et de Midi Pyrénées* 2010-1, p. 101, note sous CA Bordeaux 28 oct. 2009.

⁹⁹⁴ Art. 132-58 al. 1 C. pén. : « En matière correctionnelle ou, sauf dans les cas prévus aux articles 132-63 à 132-65, en matière contraventionnelle, la juridiction peut, après avoir déclaré le prévenu coupable et statué, s'il y a lieu, sur la confiscation des objets dangereux ou nuisibles, soit dispenser le prévenu de toute autre peine, soit ajourner le prononcé de celle-ci dans les cas et conditions prévus aux articles ci-après ».

⁹⁹⁵ Pour une présentation complète de la notion de peine, v. notamment E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n°49 et s.

⁹⁹⁶ A une époque, les sanctions administratives pouvaient être prises en compte pour la récidive. En effet, une loi du 21 octobre 1940 avait prévu dans son article 66 alinéa 2, qu'en matière d'infraction économique, « sont réputés en état de récidive, ceux qui se rendent coupables d'une infraction du même genre que la première, même si celle-ci n'a pas encore donné lieu à un jugement définitif, ou a été suivie d'un règlement par voie transactionnelle, ou a fait simplement l'objet de sanctions administratives ». Or, comme l'a fait remarquer DONNEDIEU DE VABRES, il n'est pas juste de traiter le bénéficiaire d'un règlement transactionnel comme un condamné car l'acceptation du règlement, dû à des motifs variables, n'est pas significative d'aveu et ne prouve pas la réalité du délit ; en outre, le fait de prendre en compte une condamnation non définitive est critiquable notamment au regard des conséquences si le jugement était réformé en appel (H. DONNEDIEU DE VABRES, « La répression de la hausse illicite des prix : une nouvelle définition de la récidive », *RSC* 1941, p. 323). Ce texte a été remplacé par l'article 45 de l'ordonnance du 30 juin 1945, qui précise que cette récidive spéciale existait du fait de la réitération d'une des infractions à la législation économique par un délinquant ayant fait l'objet depuis moins de deux années d'une sanction prononcée soit par l'autorité administrative, soit par l'autorité judiciaire. Ainsi, des sanctions qui n'étaient pas des peines pouvaient constituer la récidive.

19-1 du Code pénal et des deux alinéas précédents, les mesures ou sanctions éducatives prononcées contre un mineur ne peuvent constituer le premier terme de l'état de récidive »⁹⁹⁷. Les mesures⁹⁹⁸ et sanctions éducatives n'étant pas des peines, la décision qui les prononce n'est donc pas une condamnation pénale *stricto sensu*. La chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle ainsi que « des mesures ou sanctions éducatives prononcées contre un mineur ne peuvent constituer le premier terme de la récidive »⁹⁹⁹ Cette solution est d'ailleurs identique en matière d'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques¹⁰⁰⁰.

255. Comparaison avec la réitération en droit de la concurrence. L'exigence d'une peine *stricto sensu* semble spécifique au droit pénal. En effet, en droit de la concurrence, le Conseil de la concurrence a affirmé l'autonomie de la notion de réitération en droit de la concurrence vis-à-vis de la récidive pénale et de la réitération pénale¹⁰⁰¹, pour en déduire notamment qu'il suffit, pour caractériser la réitération, qu'une précédente décision ait constaté une infraction, peu importe que cette décision ait prononcé une sanction pécuniaire, une injonction ou une simple mesure de publication. L'autonomie de la réitération en droit de la concurrence ne fait alors aucun doute. Il est intéressant de noter que la Cour de justice des Communautés européennes a une conception encore différente de la notion de réitération puisqu'elle n'exige pas qu'il y ait une condamnation entre les pratiques anticoncurrentielles¹⁰⁰².

En conclusion, en droit pénal, seule une peine *stricto sensu* peut constituer une condamnation. Mais il ne suffit pas que la peine existe, encore faut-il l'identifier.

⁹⁹⁷ Toutefois, la commission Varinard chargée de formuler des propositions pour réformer l'ordonnance du 2 février 1945 a préconisé l'idée suivante : « dans l'hypothèse de « récidive » de non respect d'une sanction éducative, une infraction distincte est constituée, celle-ci pouvant notamment être sanctionnée par un placement de fin de semaine pour les moins de 14 ans ou par une incarcération de fin de semaine pour les plus de 14 ans » (proposition n°50).

⁹⁹⁸ CA Bordeaux 28 oct. 2009 : *Juris-Data* n°2009-015976 ; *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et de Midi Pyrénées* 2010, p. 101 ; *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°11, obs. E. GARÇON.

⁹⁹⁹ Cass. crim. 16 nov. 2010 : D. 2011, p. 428, note S. DETRAZ. Cet arrêt illustre également le fait que la récidive légale puisse être constituée « à cheval » sur la minorité et la majorité du coupable.

¹⁰⁰⁰ Cass. crim. 12 sept. 2007 : Bull. crim. n°203, *JCP G* 2008, II, 10015, note BYK ; *AJ pénal* 2007, p. 489, obs. G. ROYER ; *RSC* 2007, p. 848, obs. R. FINIELZ ; *D.* 2007, p. 2981, note S. DETRAZ : « la mesure de protection judiciaire prononcée [...] par le tribunal pour enfants [...] ne constitue pas une condamnation pénale permettant, en application des dispositions de l'article 706-54 alinéa 1 du Code de procédure pénale, l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques ».

¹⁰⁰¹ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33, préc., point n°114. Dans le point suivant, le Conseil précise même que « Quant à l'utilisation du terme « récidive » par la Commission européenne ainsi que par les juridictions communautaires, elle ne signifie nullement qu'il est fait référence à une notion de droit pénal, par essence étranger au droit communautaire ».

¹⁰⁰² Notamment CJCE 8 févr. 2007, aff. C-3/06, Comm. CE c/ Danone, § 41.

2. L'identification de la peine

256. Peine de référence. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'existence d'une condamnation pénale n'était pas suffisante : il fallait qu'elle comporte une peine d'emprisonnement¹⁰⁰³. C'était en effet à partir de la durée de la peine privative de liberté effectivement prononcée que l'on déduisait l'appartenance à tel ou tel cas de récidive. La jurisprudence considérait ainsi que pour la constitution de la grande récidive criminelle, on ne pouvait pas prendre en compte une condamnation pour crime lorsque n'avaient été prononcées que des peines correctionnelles, soit par l'application de circonstances atténuantes¹⁰⁰⁴, soit par suite d'une disqualification résultant d'une réponse affirmative à une question subsidiaire¹⁰⁰⁵, soit par suite de l'admission d'une excuse légale. Cependant, s'il s'agissait d'un crime ultérieurement correctionnalisé par le législateur, la condamnation pour la première infraction pouvait encore être prise en compte si elle était devenue définitive lors de la promulgation de la loi pénale plus douce¹⁰⁰⁶. Cette prise en compte de la peine prononcée et non de la peine légalement encourue pouvait créer des difficultés. En effet, il était possible que lors de la première condamnation, le délinquant ait été en état de concours réel d'infractions, c'est-à-dire qu'il ait commis plusieurs infractions. Conformément aux règles classiques de règlement du concours réel¹⁰⁰⁷, une seule peine avait donc été prononcée pour l'ensemble des infractions, et cette peine était réputée commune et indivisible.

Le Code pénal actuel prend en compte la peine encourue pour l'infraction, et non la peine effectivement prononcée. La réforme a ainsi consisté à « objectiver le premier terme de la récidive »¹⁰⁰⁸. Il importe désormais peu qu'une simple peine d'emprisonnement ait été prononcée alors que l'infraction était de nature criminelle. Il en va de même lorsque

¹⁰⁰³ Ce principe énoncé par l'article 57 avait notamment conduit la jurisprudence à juger qu'une simple amende ne pouvait pas servir de base à la récidive (Cass. crim. 5 janv. 1965 : Bull. crim. n°3 ; 23 mars 1981 : Bull. crim. n°103 ; *JCP G* 1981, IV, p. 211 ; 19 oct. 1981 : *Juris-Data* n°1981-002938 ; 3 juin 1982 : *Juris-Data* n°1982-001406 ; CA Paris 3 avr. 1987 : *Juris-Data* n°1987-021871). Cependant, cette solution ne s'appliquait pas à la récidive contraventionnelle et quelques textes spéciaux admettaient également qu'une amende correctionnelle constitue le premier terme de la récidive (Art. L. 263-4 (ancien) du Code du travail ; art. L. 517 du Code la santé publique (devenu art. L. 4212-8 du nouveau Code de santé publique) et art. L. 142 du Code minier (rédaction antérieure au 16 juillet 1994).

¹⁰⁰⁴ Cass. crim. 8 mars 1838 : *S.* 1838, 1, p. 804 ; 23 janv. 1852 : *S.* 1852, 1, p. 217 ; 6 janv. 1881 : *S.* 1882, 1, p. 281 ; 25 oct. 1989 : Bull. crim. n°381.

¹⁰⁰⁵ Cass. crim. 8 juill. 1836 : *S.* 1837, 1, p. 411 ; 4 janv. 1856 : *DP* 1856, 5, p. 383 ; 21 déc. 1871 : *S.* 1872, 1, p. 447.

¹⁰⁰⁶ Cass. crim. 11 janv. 1962 : Bull. crim. n°333 ; *JCP* 1962, IV, p. 27.

¹⁰⁰⁷ Étudiées *infra*, n°435 et s.

¹⁰⁰⁸ D. THOMAS, « Observations sur la récidive », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Editions A. Pédone, 1995, p. 91.

l'atténuation de la sanction résulte de l'application d'une cause légale de diminution de la peine, comme celles accordées aux mineurs ou aux dénonciateurs¹⁰⁰⁹. Par conséquent, la jurisprudence de l'ancien Code pénal qui exigeait que le jugement devait indiquer le montant de la peine prononcée lors de la première condamnation, surtout en cas de récidive correctionnelle¹⁰¹⁰, est désormais caduque. La peine qui constitue la condamnation est donc la peine *encourue* à raison du premier délit ; elle constitue une « mesure abstraite de sa gravité »¹⁰¹¹, à l'inverse de la peine effectivement prononcée qui était plutôt « une indication de la dangerosité individuelle du délinquant »¹⁰¹². L'objectivation ne fait pas de doute. Il faut en effet qu'une peine ait effectivement été prononcée¹⁰¹³, mais c'est la peine *encourue* pour la première infraction qui va déterminer le cas de récidive applicable. Mais si le point de départ de la récidive est la peine encourue pour la première infraction, est-il alors nécessaire que cette peine ait été effectivement subie ?

257. Condamnation prononcée ou subie ? Il est possible qu'une peine prononcée ne soit pas subie en raison de la grâce, ou de la prescription. Dans ces hypothèses, le délinquant est donc soustrait à l'exécution de la peine. Cela suffit-il pour la caractérisation de la récidive ? La solution dépend de la conception que l'on se fait du motif qui justifie la sévérité à l'égard du récidiviste. Si c'est l'inefficacité de l'application de la peine, toutes les fois que le condamné n'a pas été soumis à l'épreuve d'un premier châtiment, il devra être soustrait, en cas de rechute, à une aggravation dont la nécessité n'est pas établie¹⁰¹⁴. En revanche, si du seul fait que le délinquant a méconnu l'avertissement solennel de la justice, il a manifesté de façon suffisante sa dangerosité, alors l'état de récidive doit être acquis¹⁰¹⁵. Le Code pénal de 1810 ne faisait pas la distinction : peu importait que la peine ait été subie ou non, du moment qu'elle avait été prononcée¹⁰¹⁶. Cette solution a été reprise dans le Code pénal actuel aux articles 132-8 et suivants, qui font référence, à propos du délai dans lequel doit être commise la seconde infraction, à l'expiration ou la prescription de la peine prononcée, ce qui signifie qu'il est

¹⁰⁰⁹ Art. 132-78 al. 2 C. pén., art. 221-5-3, art. 222-43, art. 222-6-2, art. 224-5-1, art. 225-4-9, art. 225-11-1, art. 311-9-1, art. 312-6-1, art. 414-4, art. 422-2, art. 442-10 C. pén.

¹⁰¹⁰ Cass. crim. 27 sept. 1894 : Bull. crim. n°349 ; 26 mars 1941 : *Gaz. Pal.* 1941, 1, p. 189.

¹⁰¹¹ J.-H. ROBERT, « Les récidivistes », *Arch. phil. droit* n°53, 2010, p. 172, spéc. p. 174.

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ *Supra*, n°248 et s.

¹⁰¹⁴ A. LEGAL, « Les conditions et les effets de la récidive », préc., p. 601.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ La jurisprudence en déduisait d'ailleurs qu'il est indifférent que la peine ait été ou non subie ou prescrite (Cass. crim. 18 févr. 1898 : Bull. crim. n°71 ; 23 déc. 1963 : Bull. crim. n°376 ; 28 avr. 1964 : Bull. crim. n°133).

indifférent que la peine ait été réellement exécutée¹⁰¹⁷. Cette solution n'est pas forcément logique car dans le cas où la peine n'a pas été effectivement subie, peu en importe la cause, la déclaration de culpabilité est purement symbolique, et la distinction avec la dispense de peine ou l'ajournement du prononcé de la peine peut paraître artificielle. En outre, si le condamné échappe à l'exécution de la peine prononcée, il se trouve matériellement dans une situation comparable à celle de l'auteur d'un concours réel, ce qui brouille la distinction entre les institutions. A moins que la différence essentielle ne se trouve dans l'avertissement solennel que le récidiviste ou le réitérant aura reçu lors de son premier procès, mais ce critère comporte de nombreuses faiblesses¹⁰¹⁸.

258. Conclusion de la Section 1. La notion de condamnation pénale est complexe. En se fondant sur les solutions jurisprudentielles, on peut la définir comme une décision juridictionnelle de déclaration de culpabilité assortie du prononcé d'une peine. Au cours de son procès, le délinquant est ainsi censé avoir reçu un avertissement solennel de la justice, lui indiquant les graves conséquences que produiraient la commission d'une nouvelle infraction, si bien qu'en cas de rechute, c'est en partie la première condamnation qui va justifier que les infractions soient appréhendées ensemble et forment une récidive. A cette fin, n'importe quelle condamnation ne peut pas être prise en compte.

¹⁰¹⁷ Le droit belge adopte la même solution, estimant qu'il n'est pas nécessaire pour caractériser la récidive, que la peine ait été effectuée : D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 222.

¹⁰¹⁸ *Infra*, n°499 et s.

Section 2 : Les condamnations prises en compte pour la caractérisation des habitudes pénales judiciaires

259. Critères du tri. Le lien de condamnation pénale joue un rôle décisif dans la définition de l'habitude puisqu'il constitue le fondement des habitudes pénales judiciaires. Le droit pénal doit faire le tri parmi les différentes catégories de condamnations et déterminer celles qui justifient une appréhension globale des infractions, et donc une sanction adaptée. Seules les condamnations qui traduisent la nocivité sociale de l'agent doivent alors être prises en compte. Pour ce faire, deux séries de conditions existent, les unes relatives à la décision de condamnation en elle-même (§ 1), les autres relatives à la juridiction ayant prononcé la condamnation (§ 2).

§ 1 : Les conditions relatives à la décision de condamnation

260. Dualité de conditions. Pour être prise en compte au titre de la récidive et de la réitération et ainsi constituer un fondement particulier de ces habitudes pénales judiciaires, la condamnation doit être irrévocable (A) et non effacée (B).

A. Une condamnation irrévocable

261. Contenu de la condition. Même si l'article 132-8 du Code pénal vise une condamnation « définitive », il faut admettre que la récidive exige en réalité une condamnation « irrévocable ». Outre les critiques pouvant être adressées à la première notion¹⁰¹⁹, l'adjectif irrévocable semble plus approprié. En effet, si la condamnation est définitive dès son prononcé et a autorité de chose jugée, elle n'est pas encore irrévocable¹⁰²⁰ ; or, ce qui compte c'est qu'elle ait acquis force de chose jugée et soit exécutoire¹⁰²¹, c'est-à-dire qu'elle soit irrévocable¹⁰²². La condamnation doit être irrévocable au moment où les faits

¹⁰¹⁹ F.-J. PANSIER, *La peine et le droit*, Que sais-je ? PUF, 1994, p. 99 : « la notion de décision définitive est le type de mot à statut juridique flou, ce qui devrait être banni en toute rigueur de la science juridique au vocabulaire précis ». V. aussi pour une critique de ce qualificatif : A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil*, *op. cit.*, n°305 et s.

¹⁰²⁰ J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°349, note 171.

¹⁰²¹ F. GONZALVEZ, *Etude critique du régime du concours réel d'infractions*, *op. cit.*, n°120.

¹⁰²² Egalement en ce sens : B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°724 (utilisant tout de même le terme « définitive » ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°510 ; E. DREYER, *Droit*

nouveaux sont commis¹⁰²³ ; si ce n'est pas le cas, la personne sera en état de concours réel, et non de récidive ou de réitération. Cette exigence, que l'on retrouve par exemple en droit belge¹⁰²⁴, est traditionnellement justifiée par la nécessité de ne pas porter atteinte à la présomption d'innocence¹⁰²⁵. Surtout, si la décision n'est pas irrévocable et qu'elle est remise en cause en appel ou cassation, alors il faudra considérer que l'aggravation subie du fait de la récidive¹⁰²⁶ n'était pas justifiée. Par conséquent, les juges du fond doivent démontrer qu'elle avait acquis ce caractère définitif, sous peine de cassation¹⁰²⁷. Ils doivent également préciser la juridiction qui a prononcé cette condamnation¹⁰²⁸ et la date de la condamnation si la récidive est temporaire¹⁰²⁹. En résumé, les juges du fond ne sauraient se borner à indiquer la date de diverses condamnations, ils doivent préciser les juridictions qui les ont prononcées, et à qui elles s'appliquent¹⁰³⁰. Le principe est qu'une condamnation est irrévocable à compter de l'épuisement des voies de recours ou des délais pour les exercer, lesquels dépendent du type de condamnation. Il convient donc de distinguer selon le type de condamnation.

pénal général, op. cit., n°1382 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, n°277.

¹⁰²³ Cass. crim. 26 janv. 1884 : Bull. crim. n°23 ; 4 mai 1894 : *DP* 1896, 1, p. 137 ; 14 sept. 1899 : Bull. crim. n°273 ; 21 juill. 1922 : Bull. crim. n°260 ; 8 janv. 1942 : *DC* 1942, n°5, p. 69 ; 13 juill. 1951 : Bull. crim. n°215 ; 27 janv. 1955 : Bull. crim. n°69 ; 27 oct. 1955 : Bull. crim. n° 321 ; 22 nov. 1956 : Bull. crim. n°773 ; 9 avr. 1957 : Bull. crim. n°349 ; 10 juill. 1958 : Bull. crim. n°538 ; 22 juin 1960 : Bull. crim. n°340 ; 10 janv. 1962 : Bull. crim. n°27, *RSC* 1962, p. 529, obs. ROBERT ; 20 nov. 1969 : Bull. crim. n°312 ; 8 juill. 1981 : Bull. crim. n°228 ; 7 oct. 1981 : Bull. crim. n°264 ; 16 févr. 1983 : Bull. crim. n°61 ; 20 mars 1984 : Bull. crim. n°116 ; 30 oct. 1989 : *Dr. pén.* 1990, comm. 81.

¹⁰²⁴ D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, éd. La Charte, 2^{ème} éd., 2006, p. 221.

¹⁰²⁵ Pourtant, l'avant-projet de Code pénal proposé par la commission de révision du Code pénal et publié le 15 juillet 1976 proposait de supprimer cette condition : la récidive serait alors applicable même en cas de condamnation non définitive. Cette proposition était critiquable non seulement car il faut que la condamnation soit définitive sinon on ne peut pas invoquer l'avertissement solennel de la justice mais aussi, et de manière plus grave, parce qu'elle porte atteinte à la présomption d'innocence (J. PRADEL, « L'avant-projet de révision du Code pénal », *D.* 1977, p. 115, spéc. p. 129).

¹⁰²⁶ *Infra*, n°459 et s.

¹⁰²⁷ Cass. crim. 28 juin 1944 : Bull. crim. n°152, *D.* 1945, p. 82 ; 23 oct. 1957 : Bull. crim. n°667 ; 13 nov. 1963 : Bull. crim. n°321 ; 20 nov. 1969 : Bull. crim. n°312 ; 8 juill. 1981 : Bull. crim. n°228, *JCP* 1981, IV, p. 353 ; 7 oct. 1981 : Bull. crim. n°264 ; 20 mars 1984 : Bull. crim. n°116.

¹⁰²⁸ Cass. crim. 26 avr. 1895 : Bull. crim. n°125 ; 14 déc. 1895 : Bull. crim. n°334 ; 6 nov. 1896 : Bull. crim. n°319 ; 5 nov. 1897 : Bull. crim. n°346 ; 28 avr. 1899 : Bull. crim. n°102 ; 16 oct. 1956 : Bull. crim. n°640 ; 11 juill. 1963 : Bull. crim. n°257 ; 12 oct. 1965 : *JCP* 1965, IV, p. 142 ; 4 oct. 1989 : Bull. crim. n°340.

¹⁰²⁹ Cass. crim. 27 déc. 1934 : Bull. crim. n°199 ; 17 janv. 1947, Bull. crim. n°30. Sur la notion de récidive temporaire : v. *infra*, n°214 et s.

¹⁰³⁰ Cette exigence est adaptée au cas de l'infraction continue : la chambre criminelle a déjà jugé qu'en matière de recel, le récidive peut être retenue lorsque l'état délictueux constitutif de la seconde infraction, bien qu'ayant débuté avant que la condamnation précédente soit devenue définitive, s'est poursuivi au-delà (Cass. crim. 9 déc. 1958 : Bull. crim. n°732 ; *JCP G* 1959, IV, 10).

262. Date de l'irrévocabilité. Pour les condamnations contradictoires, le délai d'appel de droit commun est de dix jours¹⁰³¹, ou vingt jours à compter du prononcé du jugement pour le procureur général¹⁰³². Quant aux arrêts rendus par les cours d'appel, ils deviennent définitifs à compter de l'écoulement du délai de cinq jours pour former un pourvoi¹⁰³³. Durant l'écoulement de ces délais de recours, il importe peu que le condamné ait expressément ou tacitement acquiescé à la condamnation : s'il se trouve encore dans les délais, il peut exercer la voie de recours car ces délais sont d'ordre public¹⁰³⁴.

En ce qui concerne les jugements non contradictoires, tant qu'il n'a pas été signifié, le jugement par défaut est considéré comme un acte de poursuite et non comme un jugement : il n'est donc pas revêtu de l'autorité de chose jugée et ne compte pas pour la récidive. En revanche, lorsqu'il a été signifié, et à défaut d'opposition, il acquiert l'autorité de la chose jugée et compte par conséquent pour la récidive à compter de l'écoulement d'un délai de dix jours¹⁰³⁵. Si la signification n'a pas été faite à personne, la décision pourrait être frappée d'opposition durant le délai de prescription de la peine¹⁰³⁶, auquel cas c'est à compter de la prescription de la peine que le jugement est définitif et compte pour la récidive.

En ce qui concerne les condamnations par contumace, avant 2004, la chambre criminelle considérait que les jugements par contumace étant anéantis par la seule représentation du contumax¹⁰³⁷, et ne pouvaient donc servir de premier terme de la récidive¹⁰³⁸. Mais si la deuxième infraction avait été perpétrée plus de vingt ans après l'arrêt de contumace, la condamnation antérieure, étant devenue irrévocable par l'accomplissement de la prescription de la peine criminelle, pouvait compter pour la récidive¹⁰³⁹. Ces solutions semblent applicables à la nouvelle procédure de défaut criminel entrée en vigueur en 2004¹⁰⁴⁰, car si l'accusé se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant la prescription de la peine, la décision est non avenue¹⁰⁴¹, ce qui empêche ainsi la constitution de l'état de récidive.

¹⁰³¹ Art. 498 C. proc. pén.

¹⁰³² Art. 505 C. proc. pén.

¹⁰³³ Art. 568 C. proc. pén.

¹⁰³⁴ Cass. crim. 14 mars. 1890 : Bull. crim. n°55 ; 4 août 1893 : *DP* 1896, 1, p. 271 ; 4 juill. 1896 : Bull. crim. n°223 ; 10 déc. 1903 : *DP* 1905, 1, p. 374.

¹⁰³⁵ Art. 491 C. proc. pén.

¹⁰³⁶ Art. 492 C. proc. pén.

¹⁰³⁷ Art. 639 C. proc. pén.

¹⁰³⁸ Cass. crim. 10 mai 1861 : Bull. crim. n°102.

¹⁰³⁹ Même arrêt.

¹⁰⁴⁰ M. HERZOG-EVANS, *Rép. pén. Dalloz*, v° Récidive, préc., n°59 ; D. THOMAS, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, préc., n°39.

¹⁰⁴¹ Art. 379-4 C. proc. pén.

263. Comparaison avec la réitération en droit de la concurrence. L'exigence d'une condamnation irrévocable se retrouve dans la définition de la réitération en droit de la concurrence. Dans son rapport annuel de 2005, le Conseil de la concurrence précisait en effet que « la réitération ne peut être constatée que si, à la date de mise en œuvre des pratiques, la même entreprise avait été sanctionnée pour avoir enfreint les mêmes dispositions légales, par une décision devenue définitive à cette date »¹⁰⁴². Puis, il a précisé dans sa décision du 15 octobre 2007¹⁰⁴³ que la première condamnation doit être devenue définitive au moment où les faits nouveaux sont examinés¹⁰⁴⁴. La notion d'examen des faits suscite des interrogations de la part de la doctrine¹⁰⁴⁵ : s'agit-il du jour de la saisine de l'Autorité de la concurrence¹⁰⁴⁶ ? Celui de la notification des griefs ou de l'envoi du rapport ? Finalement, l'Autorité de la concurrence a jugé en 2010 que « le constat d'infraction doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité de la concurrence statue sur les nouvelles pratiques »¹⁰⁴⁷. Elle précise immédiatement que « la circonstance que les pratiques aient débuté avant qu'une précédente infraction ne fasse l'objet d'un constat ne suffit pas à priver l'Autorité de la concurrence de la possibilité de retenir la réitération au titre des circonstances aggravantes, lorsque les pratiques, de nature continue, se sont poursuivies après ce premier constat d'infraction »¹⁰⁴⁸. La Cour de justice de l'Union Européenne a, quant à elle, considéré qu'« il suffit que l'entreprise ait été préalablement considérée comme coupable d'une infraction du même type, même si la décision est encore soumise à un contrôle juridictionnel »¹⁰⁴⁹. L'exigence d'une condamnation

¹⁰⁴² Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 2005, *La documentation française*, p. 130.

¹⁰⁴³ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33, préc. Dans le même sens : Aut. conc. 20 sept. 2010 : déc. n°10-D-28.

¹⁰⁴⁴ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33, préc. point n°119 : « Si le droit pénal exige, pour que la récidive puisse être retenue (articles 132-8 et 132-12 du code pénal), que la première condamnation soit devenue définitive avant la commission de faits nouveaux, une telle exigence ne saurait être posée pour la qualification d'une réitération en droit de la concurrence, notion dont le caractère autonome a été souligné plus haut. Il convient en effet de rappeler que, selon les termes de l'article L. 464-8 du Code de commerce, les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence devant la cour d'appel de Paris n'ont pas d'effet suspensif. Dès lors, tant que la cour d'appel n'a pas infirmé ou annulé la décision du Conseil de la concurrence en cause, celle-ci produit pleinement ses effets. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article L. 464-8 du Code de commerce n'envisage qu'il puisse être sursis à exécution d'une décision du Conseil de la concurrence qu'en raison de circonstances exceptionnelles. Dès lors, il importe peu qu'à l'époque de la réitération des pratiques un recours soit pendant contre la décision initiale. Tant que cette dernière n'a pas fait l'objet d'une réformation ou d'une annulation, elle produit pleinement ses effets, y compris ceux découlant de la qualification infractionnelle ».

¹⁰⁴⁵ Notamment E. CLAUDEL, « La réitération en droit de la concurrence : un régime juridique *sui generis* bien sévère », note sous Cons. conc. 15 oct. 2007, *RTD com.* 2008, p. 63.

¹⁰⁴⁶ Puisque le Conseil de la concurrence a été remplacé par l'Autorité de la concurrence depuis le 13 janvier 2009 conformément à la loi du 4 avril 2008 sur la modernisation de l'économie.

¹⁰⁴⁷ Aut. conc. Décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement.

¹⁰⁴⁸ Point n°720. Egalement en ce sens : Aut. conc. 22 déc. 2010, décision n°10-D-39.

¹⁰⁴⁹ CJUE 17 juin 2010, aff. C-413/08 P, *Lafarge SA c/ Commission*.

irrévocable est donc également présente en matière de droit de la concurrence, cependant, la date à laquelle la décision doit être irrévocable peut être plus tardive.

En droit pénal, toute condamnation doit donc être devenue irrévocable, afin de marquer une distinction nette entre, d'un côté, les habitudes pénales judiciaires et, de l'autre, les habitudes pénales non judiciaires. Les multiples conditions relatives à la condamnation pénale permettent ainsi d'identifier la récidive et la réitération, et prouvent qu'elles relèvent d'une logique propre, qui ne saurait s'appliquer de manière générale en tant que critère de l'habitude. Ces deux institutions ont également pour particularité de requérir une condamnation non effacée.

B. Une condamnation non effacée

264. Inefficacité du critère du casier judiciaire. Des auteurs ont écrit dans leur traité de droit pénal général qu' « il va sans dire, enfin, que la condamnation antérieure ne peut constituer le premier terme de la récidive que *si elle figure encore au casier judiciaire* au moment où la deuxième infraction est commise. L'amnistie, la réhabilitation, le sursis non révoqué à l'expiration du délai d'épreuve effacent la condamnation et empêchent donc qu'elle puisse être invoquée à l'encontre du récidiviste »¹⁰⁵⁰. Cependant, la loi a évolué, et seule la condamnation amnistiée est aujourd'hui exclue pour la récidive¹⁰⁵¹. Désormais, aussi bien la condamnation graciée (1) réhabilitée (2) que non avenue (3) est prise en compte pour la récidive.

¹⁰⁵⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - Droit pénal général, op. cit.*, n°825.

¹⁰⁵¹ Cass. crim. 11 juin 1825 : Bull. crim. n°114 ; 21 sept. 1838 : Bull. crim. n°312 ; 7 mars 1844 : S. 1845, 1, p. 427 ; 4 janv. 1851 : Bull. crim. n°6 ; 12 févr. 1870 : Bull. crim. n°41 ; 18 sept. 1890 : DP 1891, 1, p. 186 ; 26 mars 1909 : Bull. crim. n°195 ; 2 janv. 1914 : Bull. crim. n°4 ; 21 avr. 1932 : Bull. crim. n°111, S. 1933, 1, p. 320 ; 22 déc. 1966 : JCP 1967, II, 14968 ; 23 mars 1982 : Bull. crim. n°84 ; 20 févr. 1989 : Bull. crim. n°81 ; Cass. crim. 5 juin 1996 : Bull. crim. n°232, RSC 1997, p. 373, obs. B. BOULOC. Cette solution vaut même si, en raison d'une erreur des services du casier judiciaire, elle figure toujours sur le bulletin n°1 (CA Riom 13 mars 2003 : *Juris-Data* n°2003-220294). Dans la même logique, une *infraction* amnistiée ne peut pas être prise en compte pour constituer la récidive : *infra*, n°309.

L'amnistie produit des effets comparables en droit disciplinaire de l'entreprise (J. SAVATIER, *Rép. trav. Dalloz*, v° Droit disciplinaire, préc., n°490) et en droit disciplinaire de la fonction publique puisqu'il est interdit de prendre en compte des condamnations amnistiées pour justifier une aggravation de sanction (v. C. WILSON, *Encyclopédie des collectivités locales*, Le personnel des collectivités locales, Chapitre 7 : l'action disciplinaire, 2010, n°276 et s.).

1. La condamnation graciée

265. Prise en compte d'une condamnation graciée. Une condamnation graciée compte pour la récidive¹⁰⁵² car l'article 133-7 du Code pénal indique que « la grâce emporte seulement dispense d'exécuter la peine ». Autrement dit, la grâce ne fait pas disparaître la condamnation qui figure toujours au casier judiciaire. Elle ne constitue donc pas une dispense de peine mais simplement une dispense d'exécuter la peine. Si la distinction est claire au plan technique, il est tout de même difficile de justifier, politiquement, la différence de traitement avec celui qui bénéficie d'une dispense de peine. En effet, dans les deux cas, l'auteur des infractions ne subira ni emprisonnement, ni amende, ni peine complémentaire. Autant dire que matériellement, le dispensé de peine et le condamné gracié bénéficient de la même clémence. Comment justifier alors que l'un puisse être récidiviste et pas l'autre ? Si la prise en compte d'une condamnation graciée pour la récidive n'est donc pas exempte de toute critique, la réhabilitation, elle, pose des problèmes distincts.

2. La condamnation réhabilitée

266. Prise en compte d'une condamnation réhabilitée. Traditionnellement, la réhabilitation judiciaire avait pour effet d'effacer la peine du casier judiciaire après exécution. Par conséquent, la condamnation n'en était plus vraiment une, faute de peine. La jurisprudence en déduisait qu'une condamnation réhabilitée ne pouvait pas être prise en compte pour la récidive¹⁰⁵³, ce qui semblait parfaitement logique, eu égard à la définition classique de la condamnation pénale. La loi du 5 mars 2007¹⁰⁵⁴ a complètement bouleversé cette logique¹⁰⁵⁵. D'une part, elle a modifié l'article 769 8° du Code de procédure pénale, qui prévoit désormais que les condamnations ayant fait l'objet d'une réhabilitation judiciaire sont retirées du casier judiciaire uniquement lorsque la juridiction a expressément ordonné la suppression de la condamnation du casier judiciaire. Autrement dit, l'effacement de la condamnation du casier judiciaire n'est plus automatique. Et d'autre part, la loi a modifié l'alinéa 3 de l'article 133-16 du Code pénal, aux termes duquel il est dorénavant possible de

¹⁰⁵² Cass. crim. 5 juill. 1821 : Bull. crim. n°108 ; 4 juill. 1828 : Bull. crim. n°199.

¹⁰⁵³ Cass. crim. 7 sept. 1922 : Bull. crim. n°307.

¹⁰⁵⁴ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹⁰⁵⁵ Cette loi a également durci les conditions dans lesquelles la réhabilitation peut être acquise de plein droit par les récidivistes, notamment en ce que l'article 133-13 alinéa 1 du Code pénal double les délais lorsque la personne a été condamnée pour des faits commis en état de récidive légale.

prendre en compte une condamnation réhabilitée pour constituer le premier terme de la récidive¹⁰⁵⁶. La chambre criminelle veille d'ailleurs au strict respect de cette disposition¹⁰⁵⁷, dont la portée est double. Non seulement elle concerne les condamnations réhabilitées, mais elle influe également sur les condamnations avec sursis non avenues.

3. La condamnation non avenue

267. Avant la loi du 5 mars 2007. Une condamnation assortie d'un sursis peut être prise en compte pour la récidive, puisque le sursis n'est qu'une modalité de la peine. En revanche, si le sursis est non avenue, c'est-à-dire en l'absence de rechute, l'intéressé est censé n'avoir jamais été condamné. En effet, traditionnellement, la chambre criminelle de la Cour de cassation assimilait les effets du non-avenue à ceux de la réhabilitation¹⁰⁵⁸, ce qui avait pour conséquence de faire disparaître la condamnation. Elle en déduisait, en l'absence de disposition légale contraire, qu'une condamnation avec sursis, avec ou sans mise à l'épreuve, ne pouvait constituer le premier terme de la récidive¹⁰⁵⁹.

268. Après la loi du 5 mars 2007. L'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007¹⁰⁶⁰ a soulevé une question fondamentale : compte tenu de la modification législative relative à la réhabilitation, devait-on continuer à assimiler les effets du non-avenue à ceux de la réhabilitation, c'est-à-dire admettre qu'une condamnation non avenue soit prise en compte pour la récidive ? D'un côté, on pouvait penser que la réforme aurait rendu inopérante

¹⁰⁵⁶ « La réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles de récidive légale ».

¹⁰⁵⁷ Cass. crim. 15 sept. 2010 : inédit, pourvoi n°10-81053.

¹⁰⁵⁸ Depuis Cass. crim. 30 nov. 1972 : Bull. crim. n°373, rapp. R. COMBALDIEU, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 924, note P. MARCHAUD : « s'il est vrai que la non-révocation du sursis équivaut, lorsque la loi n'en dispose pas autrement, à la réhabilitation de droit, il résulte des rapprochements des articles 774 alinéa 3 et 775 4° et 5° du Code de procédure pénale que les condamnations dont le sursis n'a pas été révoqué et qui sont, dès lors, considérées comme non avenues, doivent continuer à figurer au bulletin n°1 ». Cet arrêt qui assimilait, sauf disposition légale contraire, les effets du non-avenue à ceux de la réhabilitation, procédait d'une interprétation par analogie de la loi pénale, en faveur du prévenu.

¹⁰⁵⁹ Cass. crim. 28 nov. 1978 : Bull. crim. n°335 ; 11 déc. 1990 : inédit, pourvoi n°89-86866. Toutefois, dans un arrêt du 27 févr. 2002 (inédit, pourvoi n°01-82272), la chambre criminelle a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui n'avait pas retenu l'état de récidive mais qui avait rappelé, dans sa motivation, l'existence d'une condamnation non avenue au soutien de la motivation de la peine d'emprisonnement partiellement assortie du sursis. La chambre criminelle énonçait « qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que, sauf cas de réhabilitation, une condamnation non avenue demeure inscrite au casier judiciaire, la cour d'appel a justifié sa décision ». Dans un arrêt du 30 mai 2006, la chambre criminelle a censuré, pour défaut de motifs, un arrêt qui avait retenu l'état de récidive « sans mieux s'expliquer sur l'existence du premier terme de la récidive, au regard de l'article 132-52 du code pénal » (Cass. crim. 30 mai 2006 : Bull. crim. n°153 ; *RPDP* 2007, p. 199, obs. B. BOULOC).

¹⁰⁶⁰ Le nouvel article 133-16 du Code pénal est entré en vigueur le 7 mars 2008.

l'ancienne jurisprudence assimilant les effets du non-avenu à ceux de la réhabilitation car cela ne procédait plus d'une analogie *in favorem*. De l'autre, le silence du législateur pouvait être interprété comme étant délibéré : s'il avait voulu appliquer la même solution au non-avenu, il aurait également modifié les textes qui y sont relatifs. En réalité, la réponse à cette question semble avoir été apportée indirectement. La loi a en effet supprimé le 3° de l'article 769 du Code de procédure pénale qui prévoyait que les condamnations assorties en tout ou partie du bénéfice du sursis, avec ou sans mise à l'épreuve, considérées comme non avenues étaient également retirées du casier judiciaire. Par conséquent, les condamnations non avenues ne sont plus effacées du casier judiciaire, ce qui laisse à penser que le législateur souhaite prendre en compte de telles condamnations pour la récidive.

Il n'en reste pas moins qu'en l'absence de disposition légale claire, les juges restaient dans l'incertitude. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Morlaix a formulé une demande d'avis à la Cour de cassation¹⁰⁶¹. La question était la suivante : « Une condamnation à une peine avec sursis et mise à l'épreuve ou sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, rendue moins de cinq années avant la commission de faits identiques et réputée non avenue à la date de la commission de ces nouveaux faits, constitue-t-elle le premier terme de la récidive ? ». Evidemment, le sursitaire qui commet une infraction dans le délai d'épreuve sera récidiviste : le sursis n'étant qu'une modalité d'exécution de la peine, la condamnation assortie du sursis, bien que n'ayant pas effectivement été subie, n'en demeure pas moins une condamnation irrévocable pouvant être prise en compte pour la récidive¹⁰⁶². La Cour de cassation a considéré dans un avis du 26 janvier 2009¹⁰⁶³ que le non-avenu du sursis pouvait être pris en compte pour constituer le premier terme de la récidive. Cette solution a été confirmée par la chambre criminelle dans un arrêt du 11 janvier 2011¹⁰⁶⁴, puis encore récemment dans un arrêt du 16 juin 2011¹⁰⁶⁵.

269. Nature du sursis. Dans ces arrêts comme dans l'avis, la Cour de cassation n'opère pas de distinction selon le type de sursis : simple, avec mise à l'épreuve ou avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général. Or, le caractère général de cette solution

¹⁰⁶¹ Conformément à la procédure prévue à l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁰⁶² Cass. crim. 23 déc. 1963 : Bull. crim. n°376.

¹⁰⁶³ Cass. 26 janv. 2009, avis n°0080013P : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°12, obs. E. GARÇON ; *AJ pénal* 2009, p. 173, note C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 125, Chronique de jurisprudence par E. FORTIS ; *D.* 2009, p. 509, note M. LENA ; *RPDP* 2009, p. 433, note X. PIN.

¹⁰⁶⁴ Cass. crim. 11 janv. 2011 : pourvoi n°10-81781, *JCP G* 2011, 346, note J.-H. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 13 avr. 2011, p. 17, obs. S. DETRAZ ; *RPDP* 2011, p. 373, note X. PIN.

¹⁰⁶⁵ Cass. crim. 16 juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-87645.

conduit à une aberration. Alors que dans le sursis simple, le condamné n'est pas astreint au respect d'obligations précises réalisées sous le contrôle du juge d'application des peines, il pourra se retrouver en état de récidive légale dans des délais beaucoup plus longs que ceux fixés en matière de sursis avec mise à l'épreuve. Par exemple, une personne condamnée à trois mois d'emprisonnement avec sursis pour vol en réunion est en état de récidive légale si elle commet un nouveau vol quatre ans après la condamnation¹⁰⁶⁶ ; en revanche, si la peine prononcée lors de la première condamnation est une peine d'emprisonnement avec sursis avec mise à l'épreuve, cette peine est considérée comme non avenue dans un délai qui ne peut dépasser trois ans¹⁰⁶⁷, et au-delà duquel l'auteur ne sera pas en état de récidive. On constate donc que, contrairement à toute logique, la personne « bénéficiant » d'un sursis avec mise à l'épreuve profite d'un régime plus favorable que la personne bénéficiant d'un sursis simple, alors que la mise à l'épreuve est censée témoigner de sa plus grande « dangerosité »... Ici encore, le système de la récidive, fondé en grande partie sur l'existence d'une condamnation reliant les infractions, n'est pas forcément cohérent. Il est donc primordial qu'un tel lien soit limité à certaines institutions d'habitude et ne soit pas généralisé aux autres.

En conclusion, la récidive requiert une décision de condamnation irrévocable, et non effacée. Mais cette décision ne peut pas émaner de n'importe quelle juridiction.

§ 2 : Les conditions relatives à la juridiction ayant prononcé la condamnation

270. Evolution. Une dernière série de conditions encadre les condamnations prises en compte pour la caractérisation des habitudes pénales judiciaires, et met en évidence la spécificité de cette catégorie d'habitude par rapport aux autres. Pour que la récidive ou la réitération soit constituée, la juridiction ayant prononcé la condamnation doit en effet avoir une certaine nature (A). En outre, il doit s'agir d'une juridiction française ou d'un pays membre de l'Union Européenne (B).

A. La nature de la juridiction

271. Juridictions spéciales. Dans la majorité des cas, la juridiction prononçant la condamnation sera une juridiction de droit commun. La jurisprudence avait précisé que les

¹⁰⁶⁶ Puisque le délai en matière de récidive correctionnelle est de cinq ans : *supra*, n°215.

¹⁰⁶⁷ Conformément à l'art. 132-42 C. pén.

condamnation rendues par des juridictions spéciales pouvaient également être prises en compte pour la récidive¹⁰⁶⁸, mais ce genre de juridictions n'existe plus aujourd'hui. En revanche, le cas des juridictions militaires a suscité quelques hésitations. La question se pose ainsi de savoir si les décisions de condamnation rendues par les tribunaux des forces armées peuvent être prises en compte pour la récidive. Avant 1982, la jurisprudence l'admettait lorsqu'il s'agissait d'infractions de droit commun¹⁰⁶⁹. Depuis, la question ne se pose plus en ces termes, les tribunaux permanents des forces armées ayant été supprimés¹⁰⁷⁰. Puisque ce sont les tribunaux de droit commun qui connaissent des infractions militaires, la question est alors de savoir si les condamnations pour des infractions militaires peuvent être prises en compte. L'article L. 265-3 alinéa 1 du Code de justice militaire apporte une réponse claire : « les condamnations prononcées pour crime ou délit militaire ne peuvent constituer le condamné en état de récidive ». Par conséquent, pour que l'état de récidive ou de réitération soit constitué, la décision de condamnation doit émaner d'une juridiction de droit commun et ne pas concerner une infraction militaire. Elle doit en outre émaner d'une juridiction française ou d'un Etat membre de l'Union Européenne.

B. Une juridiction française ou d'un Etat membre de l'Union Européenne

272. Application traditionnelle du principe de territorialité. Traditionnellement, seule une condamnation prononcée par une juridiction française pouvait constituer le premier

¹⁰⁶⁸ Tel a été le cas autrefois pour une condamnation prononcée par la chambre des Députés sous le régime de la loi du 25 mars 1822 (Cass. crim. 19 oct. 1933 : S. 1935, 1, p. 1946) ou encore pour une condamnation infligée pour adultère par un tribunal civil sous le régime de l'article 308 ancien du Code civil (Cass. crim. 13 janv. 1842 : S. 1842, 1, p. 176).

¹⁰⁶⁹ La chambre criminelle de la Cour de cassation combinait les articles 353 ancien du Code de justice militaire et 56 alinéa 6 du Code pénal, et distinguait deux hypothèses. Pouvaient être prises en compte pour la récidive les condamnations prononcées pour les infractions de droit commun, c'est-à-dire celles prévues par le Code pénal (Cass. crim. 18 sept. 1873 : Bull. crim. n°249). Cette solution était conforme à une interprétation stricte des textes, le Code pénal prévoyant que « l'individu condamné par un tribunal des forces armées ne sera, en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive, qu'autant que la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires ». A l'inverse, les condamnations purement militaires comme la désertion, l'insoumission ou l'outrage envers un supérieur n'étaient pas prises en compte (E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 56 à 58, n°64). Il en allait de même lorsque l'article du Code de justice militaire prévoyait une infraction similaire à une infraction de droit commun, mais différente par un de ses éléments constitutifs. Par exemple, le recel d'objets militaires et le recel d'objet de droit commun n'ayant pas les mêmes éléments constitutifs, une condamnation pour recel d'objets militaires ne pouvait pas être prise en compte (Cass. crim. 19 avr. 1956 : Bull. crim. n°330). La solution était la même pour une infraction identique dans ses éléments constitutifs mais punie d'une peine plus élevée (Cass. crim. 6 janv. 1837 : Bull. crim. n°3 ; 10 janv. 1861 : Bull. crim. n°8 ; 26 févr. 1880 : Bull. crim. n°47 ; 9 nov. 1882 : Bull. crim. n°239).

¹⁰⁷⁰ Loi n°82-621 du 21 juill. 1982.

terme de la récidive¹⁰⁷¹, solution justifiée par le principe de territorialité de la loi pénale. La situation particulière de l'Algérie, appartenant au territoire français jusqu'en 1962, a ainsi posé des difficultés. La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'il était impossible pour le juge pénal français de tenir compte d'une condamnation rendue par une juridiction algérienne après l'accession à l'indépendance de l'Algérie¹⁰⁷². Dans l'hypothèse inverse, lorsqu'un Etat était devenu français après la condamnation, la jurisprudence avait considéré que cette condamnation pouvait être prise en compte au regard de la récidive¹⁰⁷³.

273. Récidive et Union Européenne. La prise en compte des condamnations étrangères était souhaitée depuis longtemps en doctrine¹⁰⁷⁴. L'avant-projet de Code pénal proposé par la commission de révision du Code pénal et publié le 15 juillet 1976 proposait d'ailleurs une telle prise en compte¹⁰⁷⁵. Pourtant, ce n'est qu'en 2005 qu'une loi¹⁰⁷⁶ a prévu que les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union Européenne seraient prises en compte au titre de la récidive¹⁰⁷⁷. Un article 132-16-6 du Code pénal disposait que : « Les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union Européenne sont prises en compte au titre de la récidive conformément aux règles prévues par la présente sous-section ». Mais la loi du 10 mars 2010¹⁰⁷⁸ a abrogé cet article et a créé une nouvelle sous-section dans le Code pénal, comprenant deux articles : 132-23-1 et 132-23-2. Le premier dispose que « pour l'application du présent code et du code de procédure pénale, les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union Européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les

¹⁰⁷¹ Cass. crim. 27 nov. 1928, Bull. crim. n°313 ; 17 janv. 1947 : *RSC* 1947, p. 438.

¹⁰⁷² Cass. crim. 7 nov. 1968 : Bull. crim. n°290, *D.* 1969, p. 220 ; *Gaz. Pal.* 1969, 1, p. 20.

¹⁰⁷³ Cass. crim. 13 nov. 1812 : Bull. crim. n°246 ; 3 juill. 1863, Bull. crim. n°188.

¹⁰⁷⁴ H. BEKAERT, « Les principes de la récidive dans le droit pénal classique », *RDPC* 1939, p. 201 ; F. DAVID, « De la reconnaissance des sentences pénales étrangères en France au point de vue de la récidive et du sursis », *RIDP* 1938, p. 328 ; A. LEGAL, « Les conditions et effets de la récidive », préc., p. 603 ; D. THOMAS, « Observations sur la récidive », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Editions A. Pédone, 1995, p. 91, spéc., p. 99.

¹⁰⁷⁵ J. ROBERT, « L'avant-projet de Code pénal », *JCP* 1976, I, 2318 ; A. DE NAUW, « Les nouvelles techniques juridiques de la récidive en droit comparé », *RDPC* 1978, p. 351.

¹⁰⁷⁶ Loi n°2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

¹⁰⁷⁷ Avant, ce n'était prévu qu'en matière de fausse monnaie, à l'art. 442-16 C. pén. créé par la loi n°2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses adaptations au droit communautaire dans le domaine de la justice. Cette loi transposait une décision-cadre du Conseil de l'UE du 6 déc. 2001 sur la protection de l'euro.

¹⁰⁷⁸ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale. Sur cette loi, v. notamment M. HERZOG EVANS, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.* 2010, p. 1428 ; J.-H. ROBERT, « Récidive législative. Commentaire de la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », *Dr. pén.* 2010, étude 8.

condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets juridiques que ces condamnations ». La loi admet donc la prise en compte du « passé pénal européen »¹⁰⁷⁹, mais pas sans adaptation.

274. Modalités de la prise en compte de la condamnation. Face à ces évolutions, le droit français a tout de même limité les atteintes à la souveraineté nationale, en se réservant un droit de regard sur les condamnations étrangères. Après l'entrée en vigueur de la loi du 12 décembre 2005, une circulaire de 2006¹⁰⁸⁰ est ainsi venue préciser que « sous réserve de la jurisprudence à venir de la Cour de cassation sur cette question, il appartiendra aux juridictions françaises d'apprécier si la condamnation étrangère peut constituer le premier terme de la récidive au regard de la nature des faits commis, sans nécessairement tenir compte de la qualification retenue par la législation étrangère, qui peut notamment ne pas connaître la distinction tripartite des infractions entre crimes, délits et contraventions ». L'article 132-23-2 du Code pénal, créé en 2010, dispose que « pour l'appréciation des effets juridiques des condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union Européenne, la qualification des faits est déterminée par rapport aux incriminations définies par la loi française et sont prises en compte les peines équivalentes aux peines prévues par la loi française ». La décision étrangère ne peut ainsi être prise en compte directement, elle doit être « nationalisée »¹⁰⁸¹ pour pouvoir produire des effets en France¹⁰⁸².

275. Preuve de la condamnation : du casier judiciaire français au casier judiciaire européen. Une autre difficulté survient à propos des condamnations étrangères : leur preuve. En principe, il incombe au ministère public d'apporter la preuve de l'état de récidive, donc la preuve de la condamnation irrévocable. S'agissant des condamnations françaises, la tâche est relativement aisée, car il peut recourir au bulletin n°1 du casier judiciaire¹⁰⁸³ ou, pour les

¹⁰⁷⁹ J.-F. SEUVIC, « Chronique législative, Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive, pluralité d'infractions : concours, récidive, réitération », *RSC* 2006, p. 352.

¹⁰⁸⁰ Circulaire JusD06-30079C du 16 juin 2006.

¹⁰⁸¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1382.

¹⁰⁸² L'effet indirect des décisions pénales étrangères est également reconnu par le droit italien. En effet, l'article 12 du Code pénal italien prévoit que les condamnations étrangères peuvent être prises en compte sur le territoire italien pour établir la récidive (X. TRACOL, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693, fasc. 40 : infractions commises à l'étranger, effets des décisions pénales étrangères en France, 2009, n°50).

¹⁰⁸³ Cass. crim. 3 févr. 1900 : S. 1902, 1, p. 539 ; 9 août 1907 : Bull. crim. n°365 ; 20 juill. 1934 : S. 1936, 1, p. 78 ; 13 juill. 1951 : Bull. crim. n°215.

infractions en matière d'ivresse ou de sécurité routière, à des casiers particuliers¹⁰⁸⁴. D'ailleurs, il existe même un casier judiciaire pour les personnes morales¹⁰⁸⁵. En revanche, le juge français risque de rencontrer des difficultés pour savoir si une personne a déjà été condamnée à l'étranger¹⁰⁸⁶. L'efficacité de l'article 132-23-1 dépend grandement de l'interconnexion des casiers judiciaires, sorte de casier judiciaire européen¹⁰⁸⁷ actuellement en construction. On peut d'ores et déjà mentionner que depuis le 31 mars 2006, cette interconnexion est opérationnelle entre la France, l'Allemagne, l'Espagne et la Belgique. La République Tchèque et le Grand-Duché de Luxembourg se sont connectés début 2008¹⁰⁸⁸.

276. Conventions internationales spécifiques. Enfin, on ne saurait omettre de mentionner que certaines conventions internationales ratifiées par la France reconnaissent également aux décisions étrangères des effets sur la récidive. L'article 7 de la Convention de New York pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution du 2 décembre 1949 dispose ainsi que « toute condamnation antérieure prononcée dans un Etat étranger pour un des actes visés par la présente convention sera, dans la mesure

¹⁰⁸⁴ Il peut aussi se référer aux documents résultant du dossier tels un extrait de minutes du greffe et un extrait du registre d'écrou (Cass. crim. 11 juill. 1963 : Bull. crim. n°257). En revanche, il ne peut se contenter de consulter le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS), car l'article 706-53-4 avant dernier alinéa du Code de procédure pénale dispose que ces « informations ne peuvent, à elles seules, servir de preuve à la constatation de la récidive ».

¹⁰⁸⁵ Art. 768-1 C. proc. pén.

¹⁰⁸⁶ Cette prise en compte des condamnations étrangères est strictement limitée aux Etats membres de l'Union Européenne, même lorsqu'une condamnation prononcée par une juridiction extérieure à l'UE figure au casier judiciaire de la personne en vertu de l'article 768 8° du Code de procédure pénale selon lequel : « Le casier judiciaire national automatisé, qui peut comporter un ou plusieurs centres de traitement, est tenu sous l'autorité du ministre de la justice. Il reçoit, en ce qui concerne les personnes nées en France et après contrôle de leur identité au moyen du répertoire national d'identification des personnes physiques, le numéro d'identification ne pouvant en aucun cas servir de base à la vérification de l'identité [...] les condamnations prononcées par les juridictions étrangères qui, en application d'une convention ou d'un accord international, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ont été exécutées en France à la suite du transfèrement des personnes condamnées ».

¹⁰⁸⁷ V. HARY, « Le casier judiciaire européen : vers une première décision », *Cahiers de droit européen* 2005, p. 155 ; B. LAPEROU-SCHNEIDER, « La mémoire de la justice : interconnexion des casiers judiciaires et récidive à l'échelle européenne », in *Le nouveau droit de la récidive, op. cit.*, p. 67 ; X. PRADEL, « Le casier judiciaire européen », *Dr. pén.* 2006, étude 16.

¹⁰⁸⁸ L'Italie, la Slovaquie, la Slovénie, le Royaume-Uni, la Pologne et le Portugal devaient y adhérer. En outre, une décision-cadre adoptée à Luxembourg le 13 juin 2007 par les ministres de la justice de l'UE prévoit qu'à l'avenir, les casiers judiciaires des Etats membres de l'Union Européenne feront l'objet d'une mise en réseau électronique. Cette décision-cadre oblige les Etats membres à communiquer le plus rapidement possible les condamnations pénales de ressortissants d'autres Etats membres de l'Union Européenne à leur Etat d'origine : les autorités judiciaires nationales peuvent obtenir dans un délai de dix jours des renseignements provenant du casier judiciaire d'autres Etats membres de l'UE. La décision-cadre n°2009/315/JAI du 26 févr. 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre Etats membres prévoit une consultation facilitée des casiers judiciaires. Les détails ont été apportés par une seconde décision cadre (Décision-cadre n°2009/316/JAI du 6 avr. 2009) créant le système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS), et ce dispositif doit être mis en œuvre au plus tard le 7 avril 2012.

où le permet la législation nationale, prise en compte pour établir la récidive ». La convention internationale de Genève relative à la répression du faux monnayage du 20 avril 1929 et la convention unique de New York sur les stupéfiants du 3 mars 1961 prévoient également un tel dispositif, respectivement à leurs articles 6 et 36 § 2a) iii). Le droit pénal français reconnaît donc la possibilité de prendre en compte des condamnations prononcées à l'étranger et en dehors de l'Union Européenne.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'existence d'un lien procédural entre les comportements répétés est une condition particulière des habitudes pénales judiciaires, c'est-à-dire de la récidive et de la réitération d'infractions. Ce lien procédural concrétisé par la condamnation pénale n'en est pas moins important puisqu'il constitue l'élément qualifiant de ces habitudes. Il fallait donc en premier lieu, définir la notion de condamnation pénale. En s'appuyant sur la jurisprudence, on a considéré que la condamnation pénale se définissait comme une décision juridictionnelle de déclaration de culpabilité assortie du prononcé d'une peine. Mais n'importe quelle condamnation pénale ne justifie pas la formation d'une habitude. Il fallait donc en second lieu, présenter les différentes caractéristiques que doit revêtir la condamnation pour être prise en compte par le droit pénal au titre d'une habitude. En effet, si c'est l'avertissement solennel de la justice qu'a reçu le délinquant qui justifie que les différentes infractions soient appréhendées ensemble, il faut que la condamnation traduise vraiment sa nuisance sociale. Plusieurs conditions limitent donc le domaine de la récidive et de la réitération. S'agissant des conditions relatives à la décision de condamnation en elle-même, seules les décisions irrévocables et non effacées justifient la création d'une habitude. S'agissant ensuite de la juridiction ayant prononcé la condamnation, seules les décisions émanant des juridictions de droit commun permettent de caractériser la récidive. En outre, la condamnation doit avoir été prononcée par une juridiction française ou d'un Etat membre de l'Union Européenne.

CONCLUSION DU TITRE 2

Après avoir montré que l'habitude pénale exigeait pour sa constitution plusieurs comportements répétés, il fallait rechercher pour quelle raison ces comportements étaient appréhendés ensemble par le droit pénal. En d'autres termes, il était nécessaire de trouver le critère permettant de faire le tri entre les différentes répétitions de comportements et de désigner lesquelles pourraient former une habitude. Il est apparu que les comportements répétés ne pouvaient caractériser une habitude pénale que s'ils étaient unis par un lien juridique particulier. Ce lien est donc un élément constitutif de l'habitude au même titre que les comportements mais, dans la mesure où il marque la spécificité de l'habitude, il en est l'élément qualifiant. L'étude de cet élément qualifiant était donc fondamentale. L'examen des différents liens unissant les comportements a mis en évidence leur pluralité. Tandis qu'un lien substantiel se retrouve dans toutes les habitudes pénales, un lien de nature procédurale est caractéristique de certaines d'entre elles.

Le lien substantiel est donc une condition générale de l'habitude pénale. Ce lien comporte d'abord deux conditions d'ordre qualitatif, l'une positive, l'autre négative. S'agissant de la condition positive, les comportements répétés ne méritent de former une habitude que s'il existe entre eux un lien d'analogie. Autrement dit, ils doivent être juridiquement identiques, c'est-à-dire avoir la même qualification juridique. Outre les difficultés relatives à la définition de cette identité de qualifications, le droit positif ne respecte pas toujours cette exigence pourtant essentielle, en se contentant parfois d'infractions de gravité similaire ou bien en ayant recours à des fictions juridiques. S'agissant de la condition négative, on a pu constater que l'existence d'un lien de causalité entre les comportements répétés était incompatible avec l'habitude. Conçue de manière objective comme la relation matérielle de cause à effet entre les infractions, la causalité exclut l'habitude car, en appréhendant les différents comportements comme un tout indivisible, elle empêche de caractériser la répétition nécessaire. Conçue de manière subjective comme l'unité de dessein criminel entre les infractions, la causalité n'exclut pas toujours l'habitude mais elle ne constitue pas non plus la raison pour laquelle les comportements sont appréhendés ensemble parce qu'elle reste indifférente. Ce lien substantiel comporte ensuite un aspect temporel. Pour former une habitude, les comportements répétés doivent en effet être reliés dans le temps, c'est-à-dire n'être ni trop proches, ni trop éloignés. L'habitude implique ainsi une absence de concomitance entre les comportements : ils ne doivent pas faire partie de la

même action criminelle. Toutefois, les comportements ne sauraient non plus être séparés par un délai trop long. L'existence d'un délai maximum ne se vérifie cependant pas toujours en droit positif, le législateur ayant par exemple décidé que la récidive criminelle serait perpétuelle. L'habitude pénale est donc fondée à la fois sur l'analogie entre les comportements et sur le lien temporel entre ces comportements.

Certaines habitudes pénales comportent en outre un lien procédural. Cette condamnation entre les infractions répétées est une condition particulière de l'habitude pénale, spécifique à la récidive et la réitération. Cette condition spécifique met en évidence l'existence de plusieurs catégories d'habitudes pénales et, notamment, la distinction entre les habitudes pénales judiciaires – comportant une telle condamnation – et les habitudes pénales non judiciaires – n'en comportant pas –. L'étude de cette condamnation reliant les infractions était donc indispensable. Il fallait en premier lieu définir la notion de condamnation. La condamnation pénale doit alors s'entendre de toute décision à caractère juridictionnel comportant à la fois une déclaration de culpabilité et une peine, ce qui exclut les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement du prononcé de la peine. En second lieu, il était nécessaire d'identifier, parmi les condamnations, celles qui justifieraient la formation d'une récidive ou d'une réitération. La condamnation liant la première et la seconde infraction ne permettrait alors de mettre en évidence une criminalité particulière de l'auteur que si elle est à la fois irrévocable et non effacée ; de plus, le droit français prend en compte les condamnations prononcées par les juridictions françaises mais également par les juridictions des Etats membres de l'Union Européenne.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

A première vue, l'absence de définition globale de l'habitude pénale et l'hétérogénéité des institutions en présence laissent à penser qu'on ne pouvait prétendre trouver une telle notion. Pourtant, ces obstacles ont pu être surmontés grâce à une conception purement juridique de l'habitude. En s'appuyant sur une telle conception, l'habitude pénale a été définie comme une pluralité de comportements qui sont assemblés afin de former une entité autonome en raison du lien qui les unit.

En premier lieu, l'habitude implique donc une pluralité de comportements, ou plus précisément des comportements répétés, c'est-à-dire émanant de la même personne. Ces comportements répétés s'analysent donc comme les éléments constitutifs de l'habitude. A partir de là, il convenait de les définir à la fois qualitativement et quantitativement, ce qui impliquait de déterminer leur nature et leur nombre. S'agissant tout d'abord de leur nature, il a semblé préférable de considérer que cet aspect devait rester indifférent dans la mesure où l'habitude s'analyse plus comme un contenant que comme un contenu. Une telle conception semble ratifiée par le droit positif puisque n'importe quel comportement est susceptible de faire l'objet d'une habitude, peu importe sa licéité, son contenu, ou encore sa qualification juridique. L'habitude ne pouvant pas vraiment se définir grâce à la nature des comportements qui la composent, il fallait alors la définir par leur nombre. Il ne nous appartenait pas de choisir arbitrairement le nombre de comportements requis mais seulement de nous assurer qu'un nombre avait été choisi et s'appliquait de manière uniforme. En tant qu'ensemble, l'habitude devait nécessairement comprendre au moins deux comportements et c'est ce même nombre qui a été retenu par le droit positif. Cela étant, il ne s'agit que d'un nombre minimal et il est possible de commettre des comportements supplémentaires sans que cela altère l'unité juridique de l'habitude car celle-ci peut être constituée d'une infinité de comportements.

Après avoir identifié les comportements répétés, il fallait donc, en second lieu, préciser pourquoi ils étaient additionnés pour former une habitude pénale. Il est apparu que les comportements ne méritaient d'être appréhendés ensemble par le droit pénal que s'ils étaient unis par un certain lien. Ce lien est donc, au même titre que les comportements répétés, un élément constitutif de l'habitude pénale. Toutefois, en ce qu'il marque la spécificité de l'habitude pénale, il en constitue l'élément qualifiant. La détermination de la nature juridique de ce lien a alors mis en évidence la pluralité de ses aspects. En effet, tandis que l'habitude requiert toujours un lien substantiel, elle n'exige un lien procédural que dans certains cas.

Ainsi, le lien substantiel constitue une condition générale de l'habitude, applicable à toutes les institutions. D'abord, il nous a semblé que le fondement de l'union des comportements reposait sur un lien substantiel comprenant deux aspects complémentaires : l'un qualitatif, l'autre temporel. Qualitativement, c'est le fait que les comportements répétés soient analogues qui justifie qu'ils soient appréhendés ensemble au sein de l'habitude, car cela fait naître un intérêt particulier à la répression. Ce lien d'analogie se retrouve en droit positif sous des formes plus ou moins convaincantes mais est globalement respecté. En revanche, l'existence d'un lien de causalité entre les comportements ne constitue pas un fondement de l'habitude. Lorsqu'elle tient à la matérialité des comportements, la causalité empêche en effet la formation d'une habitude ; lorsqu'elle tient à l'état d'esprit de l'auteur, ce qui revient à dire que les comportements sont liés par le même dessein criminel, la causalité ne fait pas obstacle à la formation d'une habitude mais ne constitue pas non plus son fondement. En outre, les comportements répétés ne devraient être légitimement traités ensemble que s'ils s'inscrivent dans un certain cadre temporel. Cela impliquait alors que les comportements ne fassent pas partie de la même action criminelle c'est-à-dire qu'ils ne soient pas concomitants, mais qu'ils ne soient pas non plus trop éloignés dans le temps, ce qui a pu être vérifié en droit positif. Ensuite, en complément de ce lien substantiel, il nous a semblé qu'un lien procédural – une condamnation pénale entre les infractions – pouvait lui aussi justifier que les infractions fassent partie d'un même ensemble juridique car celui qui commet une nouvelle infraction après avoir reçu un avertissement solennel de la justice sur les conséquences d'une éventuelle rechute mérite d'être traité de manière spécifique. Ce lien procédural ne constitue toutefois qu'une condition particulière de l'habitude car il est réservé à la récidive et la réitération, les deux habitudes pénales judiciaires. Il faut ici préciser que n'importe quelle condamnation n'est pas prise en compte par le droit pénal pour constituer l'habitude. La condamnation pénale s'entend d'une décision juridictionnelle de déclaration de culpabilité assortie d'une peine ; parmi toutes ces décisions, seules celles qui sont irrévocables, non effacées et émanant d'une juridiction de droit commun, française ou d'un pays membre de l'Union Européenne assurent ainsi la légitimité de l'appréhension globale par le droit pénal des infractions répétées.

Une véritable notion d'habitude a ainsi pu être dégagée : il s'agit d'une entité juridique composée d'une pluralité de comportements accomplis par le même auteur qui sont regroupés en raison du lien qui les unit. Une telle proposition n'aurait pourtant qu'une utilité limitée si elle n'avait pas pour conséquence d'entraîner une répression spécifique.

SECONDE PARTIE :
LA REPRESSION DE L'HABITUDE PENALE

277. Répression autonome. A partir de l'idée selon laquelle l'habitude pénale constitue une entité juridique distincte de la somme des comportements qui la composent, elle ne peut être envisagée comme une simple juxtaposition d'éléments restant soumis à leur propre répression mais doit au contraire être analysée comme une entité autonome dotée d'une répression autonome. L'examen de cette répression autonome implique alors deux étapes successives. Autrement dit, il va falloir déterminer selon quelles règles l'habitude peut être punie, c'est-à-dire son régime juridique, puis avec quoi elle est punie, c'est-à-dire ses sanctions.

278. Régime juridique de l'habitude pénale. En ce qui concerne d'abord le régime juridique de l'habitude pénale, il peut être avancé qu'il sera nécessairement influencé par l'existence de plusieurs comportements. En effet, le droit pénal ne pouvant appréhender de la même manière un ou plusieurs comportements, la pluralité d'éléments constitutifs de l'habitude va nécessairement bouleverser les règles classiques de répression. Pourtant, il ne faut pas oublier qu'en formant une habitude, les comportements distincts s'absorbent dans celle-ci. L'unité juridique de cette notion implique alors d'appliquer les règles de répression à l'ensemble des comportements et non pas isolément à chacun d'entre eux. Le régime juridique de l'habitude sera ainsi marqué par ces deux phénomènes.

279. Sanction de l'habitude pénale. S'agissant ensuite de la sanction de l'habitude pénale, il a été observé que les comportements répétés ne méritent d'être traités ensemble que parce qu'ils sont unis par des liens spécifiques. Ce sont donc ces liens, constituant le fondement de l'habitude, qui vont déterminer la nature et la mesure de la sanction de cet ensemble de comportements. La peine ainsi définie aura vocation à sanctionner l'ensemble des comportements ; elle est spécifique au sens où, dans la plupart des cas, elle sera supérieure à la somme des sanctions isolées de chaque comportement. Le lien unissant les comportements a ainsi une influence sur la sanction de l'habitude en l'aggravant.

280. Plan de la seconde partie. La répression de l'habitude pénale doit ainsi être adaptée à sa définition. Son régime juridique doit être influencé par la répétition de comportements (Titre 1) tandis que la détermination de la sanction de l'habitude doit être guidée par le lien unissant les comportements (Titre 2).

TITRE 1 : L'INFLUENCE DE LA REPETITION DE COMPORTEMENTS SUR LE REGIME JURIDIQUE DE L'HABITUDE PENALE

281. Unité juridique et pluralité matérielle. L'idée selon laquelle l'habitude est un ensemble juridiquement distinct des comportements qui la forment peut avoir deux conséquences diamétralement opposées. D'un côté, les comportements sont physiquement distincts, de sorte que les conditions de répression de l'habitude pourraient être influencées par cette pluralité matérielle. De l'autre, en formant une habitude, ces comportements sont absorbés dans la nouvelle entité, si bien que le régime juridique de l'habitude devrait être envisagé au regard de cet ensemble et non au regard de chaque comportement pris isolément. Ces deux propositions peuvent sembler, à première vue, incompatibles et il faudrait alors choisir laquelle doit l'emporter. Pourtant, elles sont complémentaires. Certes, l'habitude n'aurait aucun intérêt si elle consistait seulement en la juxtaposition de plusieurs comportements, chacun étant soumis à son propre régime, c'est pourquoi il faut l'envisager comme un tout. Cela implique donc que les comportements répétés cessent d'être soumis à leurs propres règles pour être soumis aux règles de ce tout. Mais il ne faut pas oublier que, corrélativement, le régime d'un ensemble est nécessairement déterminé, au moins pour partie, par le régime des éléments qui le composent. Ainsi, le régime juridique de l'habitude est influencé par la pluralité des comportements. Cette dernière idée peut cependant ne pas convaincre. En effet, on pourrait considérer qu'en pareille hypothèse, le régime de l'habitude n'est pas à proprement parler autonome, puisqu'il dépend de celui de ses éléments, auquel cas il n'y aurait pas véritablement naissance d'une nouvelle entité. Toutefois, l'habitude pourrait être comparée à « l'une de ces boîtes ingénieusement combinées pour renfermer exactement un certain nombre de boîtes de dimension moindre qui rentrent exactement les unes dans les autres. Quand tout est rangé, on ne voit qu'une boîte unique : cela n'empêche pas les autres d'exister, de façon qu'on les retrouve quand cela est nécessaire »¹⁰⁸⁹. Autrement dit, ce n'est pas parce que les comportements sont absorbés dans l'habitude qu'ils perdent leur individualité juridique. Mais alors, si l'on admet la coexistence de ces deux phénomènes, quel critère permet de savoir si les conditions de répression de

¹⁰⁸⁹ R. ROUGIER, « D'une application de la théorie du concours idéal à l'infraction qui forme soit la circonstance constitutive, soit la circonstance aggravante d'une autre infraction », *JP* 1905, p. 92, n°9, à propos de l'infraction complexe.

l'habitude sont déterminées par la pluralité matérielle de comportements ou par l'unité juridique de l'habitude ?

282. Objet des règles de répression de l'habitude. Le choix entre l'unité et la pluralité semble dicté par l'objet des règles de répression de l'habitude. En effet, si les règles concernées ont pour objet de déterminer s'il existe des obstacles à la répression de l'habitude, alors elles devront nécessairement s'appliquer isolément à chaque comportement. Il peut ainsi arriver qu'une fois l'habitude formée, un des comportements ne puisse plus être réprimé pour telle ou telle raison, ce qui a nécessairement une influence sur la répression de l'ensemble. Autrement dit, la pluralité de comportements influe sur les *conditions* de la répression de l'habitude. En revanche, une fois constaté qu'aucune condition de répression ne fait défaut, l'habitude doit être envisagée comme un tout. Les règles ayant pour objet les *modalités* de répression de l'habitude doivent alors s'appliquer globalement à l'ensemble et non isolément à chaque comportement.

283. Plan du Titre 1. Le régime juridique de l'habitude est donc influencé par deux phénomènes complémentaires. Par principe, l'habitude étant une entité juridique autonome, elle doit être soumise à ses propres règles et ne saurait dépendre des règles applicables à chaque comportement qui la compose. L'unité juridique de l'habitude implique en effet une autonomie de son régime. Pourtant, en raison de leur objet, certaines règles ont naturellement vocation à s'appliquer aux comportements pris isolément plutôt qu'à l'ensemble qu'ils forment. En effet, lorsque ces règles établissent les conditions auxquelles l'habitude peut être réprimée, elles doivent s'appliquer à chaque comportement car si l'un d'entre eux ne peut pas être sanctionné, la répression de l'habitude en sera affectée. Cette influence de la pluralité matérielle de comportements est cependant exceptionnelle. Si la logique veut que l'on traite du principe avant l'exception, il semble plus confortable d'examiner ces questions dans l'ordre inverse dans la mesure où le raisonnement impose d'examiner en premier les conditions de répression de l'habitude avant d'envisager les modalités de cette répression. L'étude de l'influence de la pluralité matérielle des comportements sur les conditions de répression de l'habitude (Chapitre 1) précèdera donc celle de l'influence de l'unité juridique sur les modalités de la répression (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de répression de l'habitude pénale

284. Causes de l'influence de la pluralité. L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de répression de l'habitude pénale se manifeste par le fait que l'existence d'obstacles à la répression doit être vérifiée individuellement à propos de chaque comportement. Cette idée, qui tend à démontrer que le régime d'un ensemble ne peut pas être totalement déconnecté du régime des éléments qui le composent¹⁰⁹⁰, peut s'expliquer par la structure de l'habitude. Le lien d'analogie qui existe entre les comportements¹⁰⁹¹ implique que tous les comportements aient la même valeur juridique. Or, cette absence de hiérarchie entre les éléments constitutifs fait que l'existence d'un obstacle à la répression affectant l'un des comportements ne peut pas être compensée par la possibilité de réprimer un autre comportement à la valeur juridique supérieure. Il est alors nécessaire d'apprécier les conditions de répression de l'habitude, c'est-à-dire de s'assurer de l'absence d'un obstacle à la répression, à l'égard de chacun d'entre eux.

285. Incidence du caractère punissable des comportements. Toutefois, l'idée selon laquelle les conditions de répression de l'habitude doivent s'appliquer isolément à chaque comportement ne s'applique pas avec la même vigueur selon l'institution d'habitude concernée. En effet, si elle ne comporte aucune exception s'agissant des institutions qui requièrent l'accomplissement de plusieurs infractions, comme c'est le cas pour la récidive, la réitération, le concours réel général et le concours homogène aggravant, elle semble plus difficile à appliquer à l'infraction d'habitude. Cette institution a ceci de particulier que les actes qui la composent sont isolément dépourvus de toute valeur juridique en raison de leur licéité¹⁰⁹², si bien qu'il sera parfois difficile de leur appliquer isolément des mécanismes prévus par des infractions à part entière. Malgré ces différences de degré, il est incontestable que les conditions de répression de l'habitude doivent s'apprécier au regard de chaque comportement, qu'il s'agisse de conditions de fond ou de procédure.

¹⁰⁹⁰ Comp. P. PONCELA, « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », *Arch. phil. droit*, t. XXXI, 1986, p. 121, spéc. p. 122, qui évoque « la dépendance des parties d'un objet par rapport à la totalité qu'elles constituent ».

¹⁰⁹¹ *Supra*, n°149 et s.

¹⁰⁹² *Supra*, n°13 et 40.

286. Plan du Chapitre 1. Ainsi, la pluralité matérielle des comportements influe aussi bien sur les conditions de fond (Section 1) que sur les conditions procédurales de répression de l'habitude (Section 2).

Section 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de fond

287. Obstacles de fond à la répression de l'habitude. Pour engager la responsabilité pénale d'une personne, il faut d'abord établir un « fait générateur »¹⁰⁹³ de responsabilité, en l'occurrence l'habitude. Ensuite, il faut s'assurer que ce fait générateur n'est atteint par aucun obstacle à la répression. Pour ce faire, il est indispensable de vérifier que les conditions de fond de la répression sont remplies à l'égard de chaque comportement car il est possible, qu'une fois l'habitude formée, un obstacle de fond s'oppose à sa répression. Ces obstacles peuvent être de deux types. D'abord, il peut arriver que l'habitude soit simplement tentée mais que la tentative ne soit pas punissable, il convient donc de s'assurer que cette dernière soit bien incriminée (§ 1). Ensuite, il est possible qu'un de ses éléments constitutifs disparaisse ou perde son caractère punissable. Pour que l'habitude puisse être réprimée, il faut donc vérifier que l'un des comportements n'a pas été neutralisé *a posteriori* (§ 2).

§ 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur l'incrimination de la tentative

288. Influence de la licéité des comportements. L'habitude ne peut être réprimée que si les comportements qui la composent le sont aussi. Il faut alors distinguer selon que ces comportements constituent en eux même une infraction pénale ou non. Dans le premier cas, il faut rappeler que l'habitude peut être formée de plusieurs infractions tentées¹⁰⁹⁴ ; mais pour être sanctionnée, il faut que la tentative de ces infractions soit punissable. En pareil cas, il faudra donc vérifier que la tentative est incriminée pour chacune des infractions formant l'habitude (A). Dans le second cas, l'habitude est composée de plusieurs comportements licites, et c'est leur réunion qui forme l'infraction. Il n'est donc pas possible de s'interroger

¹⁰⁹³ Comp. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°430, selon lesquels l'infraction est le fait générateur de la responsabilité pénale.

¹⁰⁹⁴ *Supra*, n°81 et s.

sur l'incrimination de la tentative de ces comportements licites. En revanche, il faut se demander si la tentative d'une infraction d'habitude est incriminée (B).

A. L'incrimination de la tentative des infractions formant une habitude

289. Incrimination de la tentative de chaque infraction. Dans la mesure où le mécanisme de la tentative n'a vocation à s'appliquer qu'à l'égard d'une infraction, il est impossible de l'appliquer globalement à un ensemble d'infractions. On ne peut pas tenter de commettre une habitude¹⁰⁹⁵, ou bien alors, il faudrait admettre qu'à chaque fois qu'une personne commet une infraction, elle commet en même temps une tentative d'habitude (tentative de concours réel, tentative de récidive ou encore tentative de réitération), ce qui est absurde. La question n'est donc pas de savoir s'il est possible de commettre une tentative d'habitude mais de déterminer dans quelle mesure la répétition d'infractions simplement tentées peut être sanctionnée. En effet, si l'habitude peut être formée de plusieurs infractions tentées, encore faut-il, pour qu'elle puisse être réprimée, que la tentative de ces infractions soit incriminée. Or, ce problème a des implications particulières en présence d'une circonstance aggravante, c'est la raison pour laquelle il convient de traiter séparément le cas de la récidive¹⁰⁹⁶ (1) et le cas des autres habitudes (2).

1. Cas de la circonstance aggravante de récidive

290. Incidence de l'aggravation de peine sur l'incrimination de la tentative. L'obligation d'établir la punissabilité de chaque élément constitutif de l'habitude impose de vérifier que l'infraction est bien punissable, ce qui peut provoquer des doutes lorsque l'infraction est simplement tentée. En effet, si la tentative des crimes est toujours punissable, la tentative des délits doit être prévue par la loi¹⁰⁹⁷, et celle des contraventions n'est pas incriminée. Ainsi, lorsqu'une infraction est accompagnée d'une circonstance aggravante, faut-il en tenir compte pour déterminer la nature délictuelle ou criminelle de l'infraction ? Autrement dit, faut-il se référer à l'infraction simple ou à l'infraction aggravée ? On peut par exemple imaginer qu'une infraction punie de sept ans d'emprisonnement soit punie du double

¹⁰⁹⁵ Hormis l'infraction d'habitude : v. *infra*, n°296 et s.

¹⁰⁹⁶ L'habitude circonstance aggravante n'est pas traitée au titre des circonstances aggravantes car ce n'en est pas une *stricto sensu* : *supra*, n°63.

¹⁰⁹⁷ Art. 121-4 2° C. pén.

lorsqu'elle est commise avec la circonstance aggravante de récidive¹⁰⁹⁸, soit quatorze ans de privation de liberté : mais les délits étant punis au maximum de dix ans d'emprisonnement, faut-il en déduire que l'infraction aggravée par la récidive devient un crime si l'aggravation a pour effet de porter la peine à une durée supérieure à dix ans ?

291. Effets de la récidive sur la gravité de l'infraction. En principe, pour qualifier l'infraction, il faut tenir compte de la peine prévue par la loi et de toutes les causes de modification de celle-ci, dont la circonstance aggravante¹⁰⁹⁹. En cas de récidive, la peine encourue pour la seconde infraction est aggravée¹¹⁰⁰. Est-ce à dire que la récidive a pour effet de changer la nature de l'infraction commise ?

Si les circonstances aggravantes spéciales sont un paramètre nécessaire à la caractérisation de l'infraction car elles sont susceptibles de modifier la qualification des faits, il est possible de considérer qu'il n'en va pas de même pour l'état de récidive qui, lui, reste étranger à la nouvelle infraction commise et n'influe que sur ses peines¹¹⁰¹. La récidive étant une circonstance aggravante générale, elle n'a pas à être spécialement prévue pour s'appliquer, il suffit donc de se référer aux articles 132-8 et suivants. Ainsi, les articles 132-9 et 132-10 disposent dans certaines hypothèses¹¹⁰² que lorsque la personne physique commet un délit en état de récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé¹¹⁰³. Par conséquent, si la peine prévue pour l'infraction simple était supérieure à cinq ans, en cas de récidive, la peine encourue sera forcément supérieure à dix ans. On pourrait donc penser que cela fait changer la nature de l'infraction : de délictuelle, elle passerait à criminelle. En effet, l'article 131-4 du Code pénal prévoit que le maximum de la peine d'emprisonnement est de dix ans : lorsque la peine dépasse donc ce seuil, elle devrait être qualifiée de réclusion ou de détention criminelle, et l'infraction deviendrait alors un crime. Cependant, en dépit de son *quantum* supérieur à dix ans, la doctrine considère unanimement que la peine reste en ce cas une peine d'emprisonnement et l'infraction de

¹⁰⁹⁸ Sur l'aggravation de peine résultant de la récidive : v. *infra*, n°459 et s.

¹⁰⁹⁹ En ce sens : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°164 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général, op. cit.*, n°409 ; B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle, op. cit.*, n°48.

¹¹⁰⁰ *Infra*, n°459.

¹¹⁰¹ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1379 et 1417.

¹¹⁰² Étudiées *infra*, n°461.

¹¹⁰³ Un mécanisme similaire est prévu à l'article 131-13 5° pour les contraventions.

nature délictuelle¹¹⁰⁴. De même, dans de nombreuses hypothèses, la récidive d'une contravention fait encourir une peine d'emprisonnement¹¹⁰⁵, sans pour autant devenir de nature délictuelle¹¹⁰⁶. Cette solution serait justifiée par le fait que le législateur conçoit la circonstance aggravante comme un simple complément à l'infraction simple qui n'affecte pas sa nature. A l'appui de cette conception, on peut mentionner le fait que, sous l'empire de l'ancien Code pénal, où la peine d'emprisonnement ne pouvait pas en principe excéder cinq ans¹¹⁰⁷, l'avortement commis à titre habituel était puni d'une peine de dix ans d'« emprisonnement »¹¹⁰⁸. Cette disposition illustre le refus du législateur d'admettre, malgré l'augmentation du *quantum* de la peine, un changement de nature de l'infraction. A l'inverse, d'autres auteurs soutiennent que lorsque le législateur adjoint une peine non plus contraventionnelle ou délictuelle mais délictuelle ou criminelle, c'est qu'il a estimé que cette circonstance aggravante modifiait la nature de l'infraction : ce serait donc, avant une simple modification de peine, une modification de la nature de l'infraction¹¹⁰⁹. Toutefois, cette dernière conception ne semble pas retenue par la jurisprudence qui n'hésite pas à prononcer des peines d'emprisonnement d'un montant supérieur à dix ans¹¹¹⁰. La logique impose alors d'admettre que l'état de récidive n'a pas pour effet de changer la nature de l'infraction aggravée¹¹¹¹.

292. Conséquence sur l'incrimination de la tentative. Par conséquent, si la seconde infraction est une infraction tentée et non pas consommée, et que la circonstance aggravante

¹¹⁰⁴ J. MOULY, « La classification tripartite des infractions », *RSC* 1982, p. 5 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, *op. cit.*, n°409 ; B. PERREAU, *De la qualification des infractions en matière criminelle*, *op. cit.*, n°57 ; J.-H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions dans le nouveau Code pénal », *Dr. pén.* 1995, chron. 1.

Contra M. DALLOZ, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, thèse Nice, 2001, n°84 et s. ; A. LEGAL, « Les conditions et les effets de la récidive », *préc.*, p. 610.

¹¹⁰⁵ V. tous les exemples donnés par M. HERZOG-EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Récidive, *préc.*, n°143.

¹¹⁰⁶ Sauf cas particulier, comme celui prévu à l'art. L. 413-1 du Code de la route.

¹¹⁰⁷ Art. 40 ACP

¹¹⁰⁸ Art. 317 al. 2 ACP.

¹¹⁰⁹ En ce sens : C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°62.

¹¹¹⁰ Jurisprudence constante et abondante. Pour un exemple récent, v. Cass. crim. 15 décembre 2010 : inédit, pourvoi n°10-80817 ; la Cour de cassation ne censure pas les motifs de la Cour d'appel selon lesquels le prévenu encourait vingt ans d'emprisonnement.

¹¹¹¹ En faveur de cette conception, on peut également faire état du cas de la procédure de comparution immédiate. Cette procédure, régie par les articles 395 et suivants du Code de procédure pénale, est réservée exclusivement à certaines catégories d'infractions, principalement les délits. Or, pour déterminer la nature de l'infraction, la vérification du *quantum* de la peine encourue nécessaire à la comparution immédiate ne doit se faire qu'en prenant en considération la peine prévue pour l'infraction concernée, en tenant compte des circonstances qui y sont attachées, sauf s'il s'agit de circonstances personnelles comme la récidive (En ce sens S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1427).

de récidive a pour effet d'en porter la peine à un montant supérieur à dix ans d'emprisonnement, cette infraction reste de nature délictuelle, de sorte que, pour que la tentative puisse être réprimée, le législateur doit l'avoir incriminée.

La répression de l'habitude est donc parfois dépendante de l'incrimination de la tentative des infractions qui la forment. L'existence d'une circonstance aggravante peut compliquer la détermination de cette incrimination. Ce problème ne se rencontre pas lorsque l'habitude ne constitue pas une circonstance aggravante.

2. Cas des habitudes non circonstances aggravantes

293. Concours réel et réitération d'infractions. Le concours réel d'infractions et la réitération d'infractions peuvent, comme toutes les habitudes, être composés d'infractions tentées. Toutefois, pour que ces habitudes soient sanctionnées, il faut que la tentative des infractions les formant soit incriminée, ce qui ne suscite aucune difficulté particulière.

294. Concours homogène aggravant. En revanche, lorsque le législateur prévoit une peine aggravée pour la commission habituelle de telle infraction, se pose la question de savoir s'il est possible d'appliquer la tentative isolément à chaque comportement ou non. Tout dépend alors de la conception que l'on se fait de cette hypothèse. En premier lieu, selon la théorie de l'infraction aggravée¹¹¹², seule la dernière infraction est aggravée, la circonstance aggravante d'habitude tenant au seul penchant délictueux de l'auteur et les infractions précédentes ne servant qu'à prouver ce penchant. A partir de là, les premières infractions conservant leur individualité juridique, elles peuvent consister aussi bien en des infractions consommées qu'en des infractions tentées. En revanche, s'agissant de la dernière infraction, celle qui supporte l'aggravation, il faudrait admettre qu'il est possible de tenter de commettre une infraction aggravée par l'habitude, ce qui est difficilement concevable. Tenter d'accomplir quelque chose d'habituel semble pour le moins paradoxal. En second lieu, si on admet qu'il s'agit d'un cas particulier de concours réel pour lequel le législateur applique une peine unique aggravée¹¹¹³, alors il est possible d'appliquer la tentative à chaque infraction prise isolément.

¹¹¹² *Supra*, n°62.

¹¹¹³ *Supra*, n°63.

D'ailleurs cette seconde conception semble avoir la faveur de la jurisprudence en ce qui concerne le cas similaire dans lequel le législateur fait d'une infraction la « circonstance aggravante » d'une autre infraction de nature différente¹¹¹⁴. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas à appliquer la tentative à chaque infraction isolément. Par exemple, le meurtre accompagné d'un autre crime peut être tenté¹¹¹⁵, ce qui est approuvé par la doctrine¹¹¹⁶.

Par conséquent, il faut admettre que ces hypothèses correspondent bien à un concours particulier d'infractions ; dès lors, les infractions peuvent être consommées ou tentées, sous réserve que la tentative soit incriminée. Ainsi par exemple, il ne sera pas possible de commettre un recel habituel en ayant tenté à plusieurs reprises de commettre un recel¹¹¹⁷, non pas parce que la définition de l'habitude pénale s'y oppose, mais parce que la tentative de ce délit n'est pas spécialement prévue. Ce raisonnement vaut également pour le recel de malfaiteurs¹¹¹⁸, le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation¹¹¹⁹ ou encore le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle¹¹²⁰. A l'inverse, si une personne tente plusieurs fois de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter cet enfant en vue de le leur remettre¹¹²¹, elle sera coupable de cette infraction car la tentative de ce délit est punissable¹¹²², et elle encourra une peine aggravée du fait de la circonstance aggravante associée à ce délit. C'est également le cas pour le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une

¹¹¹⁴ Sur la présentation de ces hypothèses, v. *supra*, n°64.

¹¹¹⁵ Cass. crim. 10 oct. 1845 : Bull. crim. n°331 ; 15 avr. 1847 : D. 1847, 4, p. 135 ; 27 janv. 1881 : D. 1881, 1, p. 232 ; 13 janv. 1959 : Bull. crim. n°35 ; 10 mars 1970 : Bull. crim. n°95 ; 12 juill. 1982 : RSC 1983, p. 261, obs. G. LEVASSEUR.

¹¹¹⁶ E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 304, n°45 et s. ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 5, Sirey, 3^{ème} éd., 1924, n°1924 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1718 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°319.

¹¹¹⁷ Art. 321-2 1° C. pén.

¹¹¹⁸ Art. 434-6 al. 1 C. pén.

¹¹¹⁹ Art. 441-5 al. 1 C. pén.

¹¹²⁰ Art. 225-12-2 1° C. pén.

¹¹²¹ Art. 227-12 al. 3 C. pén.

¹¹²² Art. 227-15 al. 4 C. pén.

qualité ou d'accorder une autorisation¹¹²³, le blanchiment¹¹²⁴, ou encore les tortures et actes de barbarie commises sur un mineur de quinze ans ou une personne vulnérable¹¹²⁵.

295. Conclusion. Si l'habitude peut être formée de plusieurs infractions tentées, sa répression est conditionnée par l'incrimination de la tentative de ces infractions. Qu'il s'agisse de la récidive, de la réitération ou du concours réel dans ses diverses formes, la tentative est applicable isolément à chaque infraction les composant. En revanche, la question de la tentative se pose de manière différente lorsque les comportements répétés sont licites et forment une infraction d'habitude.

B. L'incrimination de la tentative d'infraction d'habitude

296. Interprétation large du commencement d'exécution. Si la nature des actes constitutifs de l'infraction d'habitude empêche de leur appliquer la tentative, se pose néanmoins la question de savoir si la tentative d'infraction d'habitude est incriminée. Certains auteurs considèrent qu'il est impossible de réprimer la tentative d'une infraction d'habitude en raison de la non-punissabilité des actes qui la composent¹¹²⁶. En réalité, la justification de cette impossibilité semble devoir être recherchée ailleurs. Selon l'article 121-5 du Code pénal, la tentative requiert en effet un commencement d'exécution¹¹²⁷. Or, le commencement d'exécution d'une infraction d'habitude peut se concevoir de deux manières différentes. Premièrement, on peut considérer que le commencement d'exécution doit porter sur chacun des actes de l'infraction d'habitude¹¹²⁸. Autrement dit, il s'agirait de voir s'il y a un acte qui tend directement et immédiatement, non à la consommation de l'infraction d'habitude, mais à la « consommation » de l'acte incriminé. C'est cette solution qui, semble-t-il, a été choisie par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 1996¹¹²⁹. Au moment des faits, en 1992, l'infraction d'excitation des mineurs à la débauche était une infraction

¹¹²³ Art. 441-2 C. pén.

¹¹²⁴ Incrimination à l'article 324-1 C. pén., circonstance aggravante prévue à l'art. 324-2 1°, et tentative prévue à l'art. 324-6 C. pén.

¹¹²⁵ Incrimination à l'art. 222-1; circonstance aggravante prévue à l'art. 222-4 C. pén. S'agissant d'une infraction de nature criminelle, la tentative n'a pas à être spécifiquement prévue puisque l'article 121-4 2° du Code pénal dispose que la tentative des crimes est toujours punissable.

¹¹²⁶ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, op. cit., n°356.

¹¹²⁷ Sur la définition du commencement d'exécution : v. *supra*, n°82.

¹¹²⁸ C'est-à-dire au minimum deux actes : *supra*, n°105.

¹¹²⁹ Cass. crim. 19 juin 1996 : Bull. crim. n°265.

d'habitude pour les mineurs de plus de seize ans¹¹³⁰. Outre les problèmes d'application de la loi dans le temps résultant de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, la Cour de cassation devait répondre au problème suivant : le fait pour un homme d'avoir à trois reprises et sur trois mineurs différents, proposé de monter dans son autocaravane pour leur montrer des photographies pornographiques qui s'y trouvaient et pratiquer sur eux des fellations pour les initier à la jouissance peut-il être incriminé, sachant que les mineurs ont refusé les propositions ? Clairement, l'infraction n'était pas consommée dans la mesure où le résultat n'était pas atteint, les mineurs n'ayant pas effectivement été corrompus. En revanche, pouvait-on considérer que ces actes étaient constitutifs d'un commencement d'exécution ? La Cour d'appel avait condamné l'auteur des faits pour tentative d'excitation de mineurs à la débauche. Elle a considéré que chacune des propositions était un acte qui tendait directement et immédiatement à la corruption du mineur, et que « la condition d'habitude prévue par la loi en vigueur au moment des faits lorsque le mineur était âgé de plus de seize ans est remplie dès lors qu'il y a eu répétition des agissements incriminés ». La Cour de cassation a quant à elle estimé que la Cour d'appel avait caractérisé le commencement d'exécution, le but de corruption poursuivi, et la circonstance d'habitude, et donc qu'il y avait bien tentative de corruption habituelle de mineurs. Cette solution appelle deux remarques. D'abord, elle ne renseigne pas sur l'hypothèse dans laquelle un des actes de l'infraction d'habitude est entièrement réalisé, et l'autre simplement tenté. Ensuite, la définition jurisprudentielle du commencement d'exécution¹¹³¹ fait clairement ressortir le fait que l'acte doit tendre à la consommation de l'infraction. Or, peut-on considérer que chaque comportement pris séparément tendait directement et immédiatement à l'excitation *habituelle* de mineurs à la débauche ? Le doute est permis. La jurisprudence semble en effet avoir déplacé l'objet du commencement d'exécution, ce qui est critiquable au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹¹³². Le commencement d'exécution devrait tendre à la consommation de l'infraction en tant qu'infraction d'habitude et non à la réalisation d'un des actes constitutifs de l'infraction d'habitude. Il est vrai que, dans certains cas, tendre à la réalisation de l'acte c'est tendre à la consommation de l'infraction, notamment pour les infractions formelles, pour lesquelles le résultat légal se résume tout entier dans le résultat matériel du comportement

¹¹³⁰ Art. 334-2 ACP : « sera puni [...] quiconque aura *habituellement* attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix huit ans, ou même occasionnellement des mineurs de seize ans ». Le nouveau Code pénal n'a pas repris cette distinction, et cette infraction est désormais une infraction simple quel que soit l'âge du mineur, réprimée à l'article 227-22.

¹¹³¹ *Supra*, note de bas de page n°382.

¹¹³² Art. 111-4 C. pén.

interdit¹¹³³. Cela signifie que l'exécution des actes incriminés suffit alors à consommer l'infraction sans qu'il y ait besoin d'une atteinte effective à la valeur protégée. Autrement dit, dans les infractions formelles, il est extrêmement difficile de dissocier la tentative de la consommation de l'infraction. Cela étant, l'infraction d'excitation des mineurs à la débauche est une infraction matérielle, pour laquelle les mineurs devaient avoir été effectivement corrompus. Par conséquent, la jurisprudence n'avait pas de raison valable pour affirmer que le commencement d'exécution était caractérisé.

297. Interprétation stricte du commencement d'exécution. Deuxièmement, la définition du commencement d'exécution peut être interprétée plus strictement. Cela implique alors de déterminer ce qui tend le plus directement et le plus immédiatement à la consommation de l'infraction d'habitude. Puisque l'infraction d'habitude requiert deux actes (au moins) pour être consommée¹¹³⁴, on peut penser que l'acte qui répond le mieux à cette exigence est le premier acte¹¹³⁵. En effet, sans la réalisation de ce premier acte, l'infraction d'habitude n'est même pas envisageable. Mais alors, si le premier acte est qualifié de commencement d'exécution, la tentative peut être caractérisée, et son auteur puni, comme s'il avait consommé l'infraction. Pourtant, l'intérêt de la qualification d'infraction d'habitude est de « laisser une chance » à l'auteur, lorsqu'il ne commet qu'une seule fois le comportement¹¹³⁶. Comment justifier que l'auteur d'un seul comportement soit puni au même titre que celui qui aurait commis l'infraction consommée, alors que justement, l'infraction d'habitude est censée tolérer le premier acte ? On n'incriminerait plus une infraction d'habitude mais bel et bien une infraction simple, ce qui n'a pas de sens. La tentative d'une infraction d'habitude semble donc techniquement et politiquement inconcevable, non en raison de la licéité des comportements formant l'infraction, mais à cause de sa *ratio legis*.

298. Confirmation par le droit positif. En outre, en droit positif, toutes les infractions d'habitude sont de nature délictuelle, ce qui implique que la tentative doit être légalement prévue¹¹³⁷ ; or, ni le Code pénal ni les autres textes prévoyant des infractions d'habitude¹¹³⁸ n'incriminent la tentative de ces infractions. Quant à la jurisprudence, elle semble s'inscrire

¹¹³³ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°322.

¹¹³⁴ *Supra*, n°105.

¹¹³⁵ *Contra*, L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, op. cit., n°605.

¹¹³⁶ Sur l'aspect politique du choix entre infraction simple et infraction d'habitude, v. *infra*, n°427.

¹¹³⁷ Art. 121-4 C. pén.

¹¹³⁸ Sur la répartition des infractions d'habitude entre le Code pénal et les autres codes, v. *supra*, n°14.

dans cette logique. A propos de l'exercice illégal de la profession de banquier, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi approuvé le motif d'une cour d'appel selon lequel « il s'agit d'une infraction d'habitude ne pouvant donner lieu à tentative au sens des articles 121-4 et 121-5 du Code pénal »¹¹³⁹.

Ainsi, même si la tentative était théoriquement applicable de manière globale à l'infraction d'habitude, il est finalement impossible de tenter de commettre une infraction d'habitude car la tentative et l'habitude procèdent de logiques contradictoires.

299. Conclusion sur l'incrimination de la tentative. La pluralité de comportements composant l'habitude a donc une influence sur la répression de celle-ci, notamment en ce qu'elle bouleverse les règles de la tentative. S'agissant d'abord des habitudes formées de plusieurs infractions, il est apparu évident que l'on ne pouvait appliquer la tentative à l'ensemble qu'elle forme. Non seulement le mécanisme de la tentative ne trouve à s'appliquer qu'à l'égard d'une infraction, mais admettre le principe même d'une tentative d'habitude est une aberration car cela reviendrait à approuver l'idée que chaque infraction constitue une tentative d'habitude. C'est donc moins la tentative d'habitude que la tentative des infractions la formant qui méritait l'attention. En effet, si l'habitude peut être formée de plusieurs infractions tentées, sa répression est subordonnée à l'incrimination de leur tentative. S'agissant ensuite de l'infraction d'habitude, la question s'est posée de savoir si elle pouvait être sanctionnée *via* la tentative, autrement dit si la tentative d'infraction d'habitude est incriminée. Après analyse, une réponse négative s'impose car accepter la tentative d'infraction d'habitude reviendrait à l'alternative suivante : soit déformer la notion de commencement d'exécution dans un but purement répressif, ce qui n'est pas satisfaisant ; soit dénaturer complètement l'institution même de l'infraction d'habitude en admettant qu'un seul acte puisse entraîner la responsabilité pénale de son auteur alors que la fonction de cette catégorie d'infraction est précisément de parvenir à l'objectif inverse. La tentative d'infraction d'habitude ne devrait donc en aucun cas être admise, idée confortée par le droit positif.

La pluralité des éléments constitutifs de l'habitude pénale suscite donc des difficultés au stade de sa répression dans la mesure où, pour que l'ensemble puisse faire l'objet d'une sanction, aucun des comportements qui le composent ne doit être atteint par une cause de non-

¹¹³⁹ Cass. crim. 5 déc. 2001 : inédit, pourvoi n°01-82351.

punissabilité. Or, la répression de l'habitude pénale peut se heurter à un obstacle lorsque l'une des infractions est neutralisée.

§ 2 : L'influence de la pluralité de comportements en cas de neutralisation a posteriori d'une infraction

300. Abrogation et amnistie. Pour que l'habitude soit réprimée, il ne faut pas que l'un de ses éléments constitutifs soit atteint par une cause de neutralisation *a posteriori* d'une infraction¹¹⁴⁰. Ainsi, lorsqu'intervient une loi d'abrogation (A) ou une loi d'amnistie (B), cette loi s'applique isolément à chaque infraction formant l'habitude, et non à l'habitude en tant qu'ensemble¹¹⁴¹.

A. L'influence de la pluralité de comportements en cas d'abrogation d'une incrimination

301. Domaine de l'abrogation. Une fois l'habitude formée et avant que son auteur ait été sanctionné, il est possible qu'une loi vienne abroger une des infractions constitutives de l'habitude¹¹⁴². Dès lors, le fait que l'un ou plusieurs de ces éléments constitutifs de l'habitude ne soit plus répréhensible va avoir une influence sur la répression de celle-ci. Il faut toutefois préciser qu'il est seulement question ici de l'abrogation d'une *incrimination*, et non de l'abrogation d'une disposition concernant les *effets* de l'habitude. Par exemple, si le législateur vient à supprimer l'effet aggravant du concours homogène¹¹⁴³, il n'abroge pas l'incrimination concernée mais modifie la solution du règlement du concours réel qui existe entre elles.

¹¹⁴⁰ Les causes de neutralisation du texte d'incrimination contemporaines à la commission des faits (selon l'expression de P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°240 et s.), c'est-à-dire les faits justificatifs, ne sont pas concernées puisqu'elles ne font pas disparaître l'habitude une fois que celle-ci existe mais empêchent sa formation, le fait considéré n'ayant jamais été délictueux.

¹¹⁴¹ Bien que l'amnistie et l'abrogation de la loi pénale soient présentées à l'article 6 C. proc. pén. comme des causes d'extinction de l'action publique, il semble préférable d'admettre que ce sont des obstacles de fond, en ce qu'elles enlèvent aux faits leur caractère délictueux. L'amnistie affecte le fond du droit, et « par répercussion seulement » la procédure (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°290). De même l'abrogation d'une incrimination enlève aux faits leur caractère répréhensible en les dépénalisant.

¹¹⁴² Ici les actes composant l'infraction d'habitude ne peuvent pas être dissociés les uns des autres, car la loi ne peut abroger qu'une infraction et non des actes licites. Dès lors, si la loi abroge une infraction d'habitude, tous les actes passés qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision irrévocable, et ceux qui sont commis après l'entrée en vigueur de la loi ne pourront pas être réprimés.

¹¹⁴³ Puisqu'il s'agit d'une circonstance spéciale, elle doit être légalement prévue : pour la liste, v. *supra*, n°16.

302. Influence du lien unissant les comportements. Pour que l'habitude puisse être réprimée, il ne faut pas que l'une des infractions qui la composent soit abrogée. En cas contraire, si l'habitude était formée de seulement deux infractions, alors elle ne pourrait pas survivre à la disparition d'une de ces infractions, puisque récidive, réitération et concours réel ont pour point commun de requérir au moins deux infractions¹¹⁴⁴. En revanche, si l'habitude était composée de plus de deux infractions¹¹⁴⁵, et que seule l'une d'entre elles a disparu, alors l'habitude continuerait d'exister. Quelles sont alors les conséquences d'une abrogation sur les différentes institutions d'habitude ? Il faut distinguer selon que les comportements répétés sont unis par un lien d'identité stricte ou simplement d'une analogie relative.

303. Comportements liés par une identité de qualifications. La loi requiert parfois pour la formation de l'habitude que les infractions répétées aient la même qualification juridique. C'est le cas pour le concours homogène¹¹⁴⁶ ou encore la récidive spéciale¹¹⁴⁷. Par conséquent, dans de telles hypothèses, lorsque la loi abroge une infraction, l'abrogation va forcément concerner toutes les infractions accomplies puisque celles-ci sont identiques. Quant à la récidive spéciale, elle ne pourra pas non plus être sanctionnée, car s'il est impossible de remettre en cause l'infraction qui a fait l'objet de la condamnation irrévocable, la seconde infraction ne pourra plus constituer le « second terme » de la récidive. L'abrogation de l'infraction équivaut ici à l'abrogation de l'habitude.

304. Comportements liés par une analogie relative. En revanche, la loi pénale se contente parfois, à défaut d'une identité de qualifications, d'une analogie relative entre les infractions commises. Ainsi, concours réel¹¹⁴⁸, réitération d'infractions¹¹⁴⁹, récidive générale¹¹⁵⁰ et même récidive spéciale lorsque la loi prévoit l'assimilation de certaines infractions¹¹⁵¹, ont pour point commun de pouvoir être constituées par des infractions de nature différente. Par conséquent, l'abrogation de l'une des infractions ne concerne pas nécessairement celle de

¹¹⁴⁴ *Supra*, n°91 pour la récidive, n°95 pour la réitération, n°98 pour le concours réel général, et n°116 pour le concours homogène aggravant.

¹¹⁴⁵ Ce qui est possible étant donné que l'exigence de deux infractions n'est qu'un minimum : *supra*, n°122 et s.

¹¹⁴⁶ *Supra*, n°158.

¹¹⁴⁷ *Supra*, n°161 et s.

¹¹⁴⁸ *Supra*, n°180.

¹¹⁴⁹ *Supra*, n°179.

¹¹⁵⁰ *Supra*, n°181 et s.

¹¹⁵¹ *Supra*, n°168 et s.

l'autre. Toutefois, la non-punissabilité de l'un des éléments constitutifs de l'habitude va influencer la répression de l'habitude selon les modalités évoquées précédemment.

Ainsi, comme l'habitude est composée de plusieurs comportements, l'abrogation de l'un d'entre eux a inéluctablement des répercussions sur la répression de l'ensemble qu'ils forment. La répression de l'habitude est donc dépendante de la répression des comportements qui la forment et subit l'influence de leur pluralité. La même remarque peut être formulée lorsque l'un des comportements ne peut pas être réprimé en raison d'une amnistie.

B. L'influence de la pluralité en cas d'amnistie

305. Nature et effets de l'amnistie. L'amnistie est une mesure d'oubli qui enlève aux faits ordinairement incriminés leur caractère délictueux en neutralisant *a posteriori* l'élément légal de l'infraction¹¹⁵². C'est une « mesure législative consistant à effacer le caractère délictueux des infractions « commises » sur une période de temps déterminée »¹¹⁵³. L'amnistie peut être accordée avant toute poursuite¹¹⁵⁴ ou bien après une condamnation¹¹⁵⁵. Par conséquent, elle ne peut s'appliquer qu'à une infraction, et non à des comportements licites comme ceux qui composent l'infraction d'habitude. Pourtant, dans une certaine mesure, l'amnistie semble pouvoir s'appliquer isolément aux actes constitutifs de l'infraction d'habitude (1). S'agissant des habitudes formées de plusieurs infractions, l'amnistie s'applique évidemment aux infractions prises isolément (2).

1. L'amnistie de l'habitude formée de plusieurs comportements licites

306. Cas particulier de l'infraction d'habitude. On pourrait croire que l'amnistie ne peut s'appliquer que de manière globale à l'infraction d'habitude, et non à ses éléments constitutifs individuellement. L'alternative serait alors la suivante. Soit l'amnistie s'applique de manière globale et enlève à l'infraction son caractère délictueux, en purgeant l'infraction

¹¹⁵² H. COLONNA D'ISTRIA, *La notion de justification en droit pénal*, Thèse Nice, 1997, n°18 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°290 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, *op. cit.*, n°942.

¹¹⁵³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°174.

¹¹⁵⁴ Auquel cas elle éteint l'action publique selon l'art. 6 C. proc. pén.

¹¹⁵⁵ L'art. 133-9 C. pén. prévoit alors que « L'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure ».

d'habitude dans son intégralité, c'est-à-dire dans tous les comportements la composant, quel que soit leur nombre. Soit elle ne s'applique pas et il est impossible de l'appliquer distinctement à l'un des actes répétés et pas à l'autre (ou aux autres). Mais c'est oublier que pour déterminer si une infraction d'habitude est couverte par une loi d'amnistie, il faut se référer à la date de sa consommation. Or, si l'infraction d'habitude se consomme à partir du deuxième acte¹¹⁵⁶, la difficulté provient du fait qu'elle peut comprendre des actes supplémentaires¹¹⁵⁷ : il se peut alors que ces comportements supplémentaires aient été accomplis sur une période qui n'est plus couverte par la loi d'amnistie. Si ces actes « débordent » de la période d'amnistie, ils ne sauraient être couverts par cette mesure de faveur. Par conséquent, l'amnistie est bien appliquée individuellement à chaque acte constitutif de l'infraction d'habitude. Cela ne veut pas dire que l'amnistie peut couvrir un acte isolé, puisque par définition, il ne constitue pas l'infraction, mais simplement que la pluralité d'actes et leur possible étalement dans le temps oblige à vérifier isolément qu'ils entrent dans la période couverte par l'amnistie.

307. Exemple. Un exemple permet d'illustrer cette idée. L'article 3 2° de la loi du 6 août 2002¹¹⁵⁸ dispose que « sont amnistiés, lorsqu'ils sont passibles de moins de dix ans d'emprisonnement, les délits d'exercice illégal de la médecine commis à l'occasion de la pratique d'une activité d'ostéopathie ou de chiropraxie par des professionnels qui remplissent les conditions d'exercice prévues par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ». Et l'article 1er de préciser que seules les infractions commises avant le 17 mai 2002 sont amnistiées de droit. Soit un ostéopathe qui accomplit à titre habituel des actes relevant de l'exercice de la médecine sans en avoir le titre. Il commet ces actes deux fois par semaine sur ses patients¹¹⁵⁹ depuis le 1er janvier 2001 jusqu'en 2003 où il est poursuivi pour exercice illégal de la médecine. Pour déterminer s'il peut bénéficier de la loi d'amnistie, il faut déterminer la date de consommation de l'infraction : si le deuxième acte a été accompli le 5 janvier 2001, alors tous les actes accomplis jusqu'au 17 mai 2002 sont couverts par l'amnistie. En revanche, tous les actes accomplis entre le 18 mai 2002 et la date à laquelle l'ostéopathe est poursuivi ne bénéficient pas de l'amnistie. Pourtant, juridiquement, l'ensemble de ces actes forme une seule infraction

¹¹⁵⁶ *Supra*, n°105.

¹¹⁵⁷ *Supra*, n°123 et s.

¹¹⁵⁸ Loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie.

¹¹⁵⁹ Rappelons que l'identité de « victimes » n'est pas une condition de l'infraction d'habitude : *supra*, n°155.

d'habitude¹¹⁶⁰. La pluralité d'actes a donc une influence sur la répression de l'habitude : il est possible de « décomposer » l'infraction d'habitude en plusieurs actes pour déterminer ceux qui sont amnistiés et ceux qui ne le sont pas. Ce raisonnement est également applicable aux habitudes formées de plusieurs infractions puisque, par définition, chaque infraction conserve son individualité juridique.

2. L'amnistie des habitudes formées de plusieurs infractions

308. Conditions de l'amnistie. L'obligation d'établir l'existence de chaque infraction constitutive de l'habitude impose de les considérer individuellement pour décider de l'amnistie. L'infraction atteinte par l'amnistie est en effet détruite et ne peut plus faire partie de l'habitude. Les conditions de l'amnistie s'apprécient donc au regard de chaque infraction, abstraction faite du nouvel ensemble auquel elles donnent naissance. Or, les lois d'amnistie se réfèrent au moment où les infractions ont été commises, c'est-à-dire au moment de leur consommation : l'amnistie s'applique donc aux infractions consommées avant la date fixée par la loi qui la prévoit et non aux infractions consommées après. En outre, l'amnistie est notamment subordonnée à la gravité de l'infraction. Or, la récidive étant une circonstance aggravante, il est possible que ce paramètre influe sur le bénéfice de l'amnistie. Pour mieux cerner l'influence de la pluralité de comportements, il convient donc de traiter à part le cas de la récidive puisqu'elle constitue une circonstance aggravante¹¹⁶¹ (a) avant d'envisager les autres habitudes (b).

a) Amnistie et récidive

309. Détermination de la gravité de l'infraction. L'amnistie étant une mesure de faveur, elle est limitée à certaines infractions, déterminées notamment en fonction de leur gravité. Par exemple, le législateur décide d'amnistier telle catégorie d'infractions lorsqu'elles sont punies de moins d'un an d'emprisonnement. Pour savoir si une infraction est couverte par l'amnistie, il faut donc vérifier que la peine légalement prévue n'est pas supérieure à ce

¹¹⁶⁰ *Supra*, n°123 et s.

¹¹⁶¹ L'habitude n'étant pas *stricto sensu* une circonstance aggravante, elle sera traitée avec les autres habitudes.

plafond. Or, la circonstance aggravante est prise en compte pour qualifier l'infraction¹¹⁶². En cas de récidive, la première infraction a déjà fait l'objet d'une condamnation, c'est donc la condamnation qui peut éventuellement faire l'objet d'une amnistie¹¹⁶³, auquel cas il faut rappeler que cette condamnation ne pourra pas être prise en compte pour la constitution de la récidive¹¹⁶⁴. L'aggravation de peine résultant de l'état de récidive porte donc sur la seconde infraction¹¹⁶⁵. La question est alors de savoir s'il faut ou non tenir compte de cette aggravation pour décider du bénéfice de l'amnistie.

L'amnistie intervient *a posteriori*, une fois que l'habitude est formée, il semble donc logique de tenir compte de l'aggravation de la peine qu'elle produit. Par conséquent, la gravité de l'infraction doit être appréciée en tenant compte de la circonstance aggravante qui l'accompagne. C'est en tenant compte de l'aggravation de sanction qu'il faut déterminer si l'infraction entre dans le champ d'application des infractions amnistiées car, même si l'amnistie enlève rétroactivement aux faits leur caractère délictueux, elle suppose que l'infraction existe ; or, si chaque infraction existe, l'une d'entre elle va supporter l'aggravation. Il faut donc en tenir compte pour appliquer l'amnistie.

310. Amnistie subordonnée à l'absence de qualité de récidiviste. La situation peut cependant se compliquer lorsque l'amnistie est subordonnée à l'absence de qualité de récidiviste¹¹⁶⁶. Lorsque la première condamnation a été effacée par une amnistie et que le délinquant invoque le bénéfice d'une seconde loi d'amnistie pour une nouvelle infraction, en se prévalant de sa qualité de prévenu primaire, il n'y a pas de difficulté, dans la mesure où la condamnation amnistiée ne peut pas être prise en compte pour la récidive¹¹⁶⁷. En revanche, la situation est plus délicate à régler si le prévenu demande à bénéficier de la même loi d'amnistie pour faire disparaître simultanément la première condamnation et l'infraction commise postérieurement en état de récidive. Dans ce cas, la jurisprudence considère que l'absence de récidive ne devrait pas s'apprécier au jour de la première condamnation dont le

¹¹⁶² En ce sens : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°164 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général, op. cit.*, n°409 ; B. PERREAU, *De la qualification des infractions en matière criminelle, op. cit.*, n°48.

¹¹⁶³ L'article 133-9 du Code pénal traite de l'amnistie lorsque le délinquant a déjà été condamné, auquel cas elle « efface les condamnations prononcées », elle n'empêche donc pas la répression de l'infraction mais « corrige » les effets d'une condamnation passée.

¹¹⁶⁴ *Supra*, n°264.

¹¹⁶⁵ *Infra*, n°459.

¹¹⁶⁶ V. par ex, l'art. 14 45° de la loi du 6 août 2002.

¹¹⁶⁷ *Supra*, note de bas de page n°1051.

délinquant demande l'amnistie mais au jour de la date limite fixée pour bénéficier de l'amnistie¹¹⁶⁸. Ainsi, le délinquant ne pourra pas demander l'amnistie d'une condamnation qui constitue le premier terme d'une récidive : dans le cas contraire, il pourrait en effet se prévaloir de l'amnistie de cette condamnation pour justifier de l'absence de récidive et bénéficier ainsi d'autres amnisties lorsque celles-ci sont subordonnées à l'absence de récidive. Cette solution semble prévenir les « *amnisties en cascade* »¹¹⁶⁹.

L'amnistie empêche donc la répression de la récidive, soit qu'elle porte sur la condamnation pour la première infraction en empêchant la formation même de l'état de récidive, soit qu'elle porte sur la seconde infraction et s'oppose ainsi à ce que l'infraction commise en état de récidive soit sanctionnée. Elle doit donc être envisagée individuellement à l'égard de chaque infraction. Cette idée vaut également lorsque l'habitude ne constitue pas une circonstance aggravante.

b) Amnistie et habitudes non constitutives d'une circonstance aggravante

311. Réitération d'infractions. Les conditions de l'amnistie doivent s'apprécier isolément à chaque infraction formant la réitération. Même si cette idée n'a jamais été confirmée par la jurisprudence (probablement parce que la dernière loi d'amnistie date de 2002 alors que la réitération a été créée en 2005), elle doit néanmoins s'appliquer. De la même manière qu'une condamnation amnistiée ne peut pas être prise en compte pour la récidive, elle doit également être exclue pour la réitération. Si c'est l'infraction commise après la condamnation qui est amnistiée, alors celle-ci ne sera pas punissable et la réitération ne sera donc pas réprimée. Les effets de l'amnistie se limitent ainsi à l'infraction sur laquelle elle porte et ne sauraient être étendus aux autres infractions.

312. Concours réel général. S'agissant du concours réel d'infractions, l'amnistie doit évidemment être envisagée isolément à l'égard de chaque infraction. Lorsque l'une d'entre elles bénéficie de l'amnistie, la poursuite reste possible pour les infractions non amnistiées¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁸ Cass. crim. 9 déc. 1949 : *Gaz. Pal.* 1950, 1, p. 279 ; 4 nov. 1954 : *JCP* 1955, II, 8452, note H. DELPECH ; 16 mars 1955 : *RSC* 1955, p. 518, obs. A. LEGAL ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n°946.

¹¹⁶⁹ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°412. V. à ce sujet G. LE POITTEVIN, « Commentaire sur l'amnistie de 1924 », *Lois nouvelles* 1925, n°113, p. 33.

¹¹⁷⁰ Cass. crim. 24 janv. 1984 : *Bull. crim.* n°29 ; 8 oct. 1984 : *Bull. crim.* n°289 ; 25 juin 1997 : *Bull. crim.* n°257.

En revanche, cette solution comporte une exception lorsque l'infraction en concours réel a déjà fait l'objet d'une condamnation. L'article 4 de la loi du 6 août 2002 dispose en effet que « en cas de condamnation pour infractions multiples, le condamné est amnistié si l'infraction amnistiée en application des dispositions de la présente section est légalement punie de la peine la plus forte ou d'une peine égale à celles qui sont prévues pour les autres infractions poursuivies, sauf si l'une de ces infractions est exclue du bénéfice de la présente loi »¹¹⁷¹. Cela signifie que le bénéfice de l'amnistie s'étend à toutes les infractions prononcées lors de la condamnation, sauf si elles sont expressément exclues du bénéfice de l'amnistie par la loi. Par exemple, X est condamné pour menace de mort avec ordre de remplir une condition, délit puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende¹¹⁷², et vol simple, délit puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende¹¹⁷³. L'article 3 1° de la loi du 6 août 2002 dispose que les délits punis de moins de dix ans d'emprisonnement sont amnistiés lorsqu'ils sont commis à l'occasion de conflits du travail ou à l'occasion d'activités syndicales et revendicatives de salariés, d'agents publics et de membres de professions libérales, y compris au cours de manifestations sur la voie publique ou dans des lieux publics. A supposer que ce soit le cas pour le délit de menaces de mort (au cours d'un conflit social à propos d'un licenciement économique, un salarié menace de mort l'employeur s'il ne parvient pas à éviter le licenciement), celui-ci pourra être amnistié. Cette infraction étant punie d'une peine supérieure à celle prévue pour le vol, la condamnation pour vol pourra également être amnistiée alors qu'elle n'entre pas dans le domaine des infractions amnistiées prévues par la loi, sans en être exclue.

Cette solution peut être justifiée par l'idée selon laquelle l'amnistie de l'infraction la plus grave devrait entraîner celle des infractions les moins graves ; c'est la même logique qui guide d'ailleurs le principe de non-cumul des peines¹¹⁷⁴. Quoi qu'on puisse penser de cette solution, il faut tout de même remarquer qu'elle crée une inégalité de traitement entre l'auteur d'un concours réel qui fait l'objet d'une seule poursuite (comme c'est le cas ici) et celui qui fait l'objet de poursuites séparées, lequel ne pourra pas bénéficier de ce régime de faveur¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ V. aussi art. 20 de la loi n°81-736 du 4 août 1981 portant amnistie, et art. 19 de la loi n°95-884 du 5 août 1995 portant amnistie.

¹¹⁷² Art. 222-18 C. pén.

¹¹⁷³ Art. 311-3 C. pén.

¹¹⁷⁴ *Infra*, n°435 et s.

¹¹⁷⁵ Comparer avec les autres inégalités de traitement en matière de confusion des peines (*infra*, n°439 et s.), d'articulation avec la réitération (*infra*, n°523).

313. Concours homogène aggravant. La question de pose de savoir si ces différentes règles valent également pour le concours homogène aggravant, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle le législateur prévoit une peine aggravée pour l'infraction commise à titre habituel. L'application des règles de l'amnistie dépend alors de la conception que l'on se fait de cette hypothèse.

Selon la théorie de l'infraction aggravée¹¹⁷⁶, seule la seconde (ou dernière) infraction supporterait l'aggravation de peine résultant de la circonstance aggravante d'habitude. Se pose alors la même question qu'en matière de récidive : faut-il tenir compte de l'aggravation de peine pour savoir si l'infraction est couverte par l'amnistie¹¹⁷⁷ ? En principe, toutes les circonstances aggravantes spéciales servent à qualifier l'infraction, il faudrait donc tenir compte de celle d'habitude pour qualifier l'infraction. En d'autres termes, il faut prendre en considération l'aggravation de peine pour déterminer si l'infraction est couverte par l'amnistie. Par exemple, une loi accorde l'amnistie à toutes les infractions d'atteintes à la filiation¹¹⁷⁸ punies d'un an d'emprisonnement ou moins. L'infraction prévue à l'article 227-12 alinéa 3 (le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre) est punie d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende ; mais ce même texte prévoit que les peines sont portées au double si l'infraction est commise à titre habituel, soit deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Cette infraction est donc dotée d'une « circonstance aggravante » d'habitude. Par conséquent, en appliquant cette théorie, la première infraction pourrait être amnistiée et pas la seconde, faute de remplir la condition de gravité. Cette idée semble confirmée par la jurisprudence. Un arrêt de 1975 avait en effet affirmé, à propos de la contrefaçon, que « cette infraction, dès lors que, comme en l'espèce, ni la circonstance aggravante d'habitude ni l'état de récidive n'ont été retenus, est punie seulement d'une peine d'amende [...] ; qu'ainsi l'action publique exercée contre le demandeur, s'est trouvée éteinte, de droit, par l'effet de la loi [d'amnistie] du 16 juillet 1974 »¹¹⁷⁹. Cette solution n'a cependant pas été confirmée.

¹¹⁷⁶ *Supra*, n°62.

¹¹⁷⁷ Un problème identique a été évoqué à propos de l'incrimination de la tentative dans cette hypothèse : *supra*, n°290 et s.

¹¹⁷⁸ Infractions prévues aux articles 227-12 et 227-13 C. pén.

¹¹⁷⁹ Cass. crim. 16 févr. 1975 : Bull. crim. n°280. V. également pour d'autres circonstances aggravantes : Cass. crim. 24 avr. 1925 : S. 1925, 1, p. 329, note J.-A. ROUX ; Cass. crim. 17 juin 1964 : Bull. crim. n°205 ; 1^{er} mars 1989 : Bull. crim. n°99.

Une deuxième conception est néanmoins possible. Au lieu de considérer qu'il s'agit d'une circonstance aggravante d'habitude, on peut préférer penser que les infractions identiques répétées forment un concours réel spécial pour lequel le législateur a choisi de n'édicter qu'une seule peine, mais aggravée¹¹⁸⁰. Ainsi, la peine aggravée n'est pas une circonstance aggravante portant uniquement sur la dernière infraction mais au contraire une peine unique réputée commune à toutes les infractions, et aggravée en raison de l'application du cumul juridique des peines¹¹⁸¹. Dès lors, il n'y a pas lieu de tenir compte de cette « aggravation » pour appliquer l'amnistie. Cela est d'autant plus logique que dans ce cas particulier de concours réel, les infractions sont strictement identiques ; si l'une remplit la condition tenant à la gravité de l'infraction, ce sera également le cas pour l'autre et il serait injuste d'amnistier l'une et pas l'autre. Par conséquent, sous réserve de la condition de date, soit les deux infractions sont amnistiées, soit aucune ne l'est. L'amnistie étant une mesure de faveur, elle doit être appliquée restrictivement. Dans l'exemple donné précédemment, si l'on prend pour référence l'infraction simple, alors celle-ci pourra être amnistiée, ou plutôt les deux infractions seront amnistiées, ce qui empêche totalement la répression de l'habitude ; en revanche, si on tient compte de l'aggravation de la peine, l'infraction ne pourra pas être amnistiée, car elle ne remplit pas les conditions. En faveur de cette seconde conception, on peut également signaler qu'à propos d'une hypothèse comparable où le législateur fait d'une infraction la « circonstance aggravante » d'une autre, l'amnistie doit également être appliquée individuellement à chaque infraction et peut bénéficier isolément à l'infraction érigée en « circonstance aggravante »¹¹⁸². Ainsi, par exemple, les destructions, dégradations ou détériorations ayant accompagné le vol peuvent bénéficier de l'amnistie prévue par la loi du 6 août 2002 lorsqu'elles sont contraventionnelles¹¹⁸³ puisque cette loi amnistie les contraventions de police¹¹⁸⁴. Autrement dit, l'infraction de destructions de nature contraventionnelle peut être amnistiée isolément, indépendamment de l'infraction de vol à laquelle elle est liée, malgré la nature délictuelle de cette dernière infraction. Dans ce cas, il n'est pas tenu compte de la gravité de « l'infraction aggravée » mais de la gravité propre à chaque infraction.

¹¹⁸⁰ Sur cette qualification de cas particulier de concours réel : v. *supra*, n°63.

¹¹⁸¹ *Supra*, n°447 et s.

¹¹⁸² *Contra* C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°425.

¹¹⁸³ Art. R. 635-1 C. pén.

¹¹⁸⁴ Art. 2 1° de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie.

314. Conclusion sur l'amnistie des infractions formant une habitude. Une infraction amnistiée perd rétroactivement son caractère délictueux, de sorte qu'elle ne peut être sanctionnée. Si l'habitude était composée seulement de deux infractions dont l'une est amnistiée, alors elle ne pourrait pas non plus être réprimée. En revanche, si l'habitude comportait plus de deux comportements, elle pourrait être sanctionnée dans la mesure où elle requiert seulement deux comportements pour exister¹¹⁸⁵. Cette solution n'appelle aucune contestation s'agissant de l'amnistie réelle, puisqu'elle a un effet *in rem* et opère donc à l'égard de tous les participants. A l'inverse, l'amnistie personnelle n'est accordée qu'à certains délinquants mais en raison de leurs qualités personnelles. L'acte conserve alors son caractère délictueux, mais pas à l'égard de la personne concernée, pour laquelle il faudra vérifier si l'habitude est toujours constituée. La loi d'amnistie prévoit généralement que le Président de la République peut admettre, par décret, au bénéfice de l'amnistie, certaines personnes comme des déportés, des résistants, ou encore des personnes qui se sont distinguées d'une manière exceptionnelle dans les domaines humanitaire, culturel, sportif, scientifique ou économique¹¹⁸⁶. Si cette personne ne pourra alors pas être sanctionnée, pour l'infraction amnistiée, il n'en reste pas moins que l'habitude pénale reste constituée. Par conséquent, elle pourra, le cas échéant, être reprochée à un coauteur ne bénéficiant pas de la mesure individuelle d'amnistie.

Lorsque les infractions doivent être strictement identiques toutes les infractions risquent d'être atteintes par l'amnistie en raison de leur identité de qualifications, sous réserve qu'elles aient été commises avant la date limite fixée par la loi. La répression de l'habitude est donc dépendante de la répression des comportements qui la forment et subit l'influence de leur pluralité.

315. Conclusion de la Section 1. La pluralité de comportements a une réelle influence sur les conditions de fond de répression de l'habitude. En effet, il faut vérifier qu'aucun comportement ne fait l'objet d'un obstacle de fond à la répression. D'abord, à partir du moment où l'habitude peut être formée par plusieurs infractions tentées, sa répression est subordonnée à l'incrimination de la tentative de ces infractions. Ensuite, l'habitude ne pourra être sanctionnée que si aucune loi d'abrogation ou loi d'amnistie ne vient ôter aux faits leur caractère délictueux. La pluralité matérielle de comportements impose d'appliquer ces

¹¹⁸⁵ *Supra*, n°88 et s.

¹¹⁸⁶ V. par ex. l'art. 10 de la loi du 6 août 2002 portant amnistie.

conditions de répression isolément à chaque comportement constitutif de l'habitude et non à l'ensemble. Ainsi, lorsqu'un des comportements est atteint et n'a pas ou perd son caractère délictueux, il y a deux possibilités. Soit l'habitude était composée uniquement de deux comportements, auquel cas elle ne pourra pas être sanctionnée. Soit elle comportait trois comportements ou plus, auquel cas elle pourra être réprimée en raison de la règle de suffisance de deux comportements. Dans les deux hypothèses, il ressort que les conditions de fond de répression de l'habitude sont largement influencées par la répression des éléments qui la composent. Cette idée se retrouve également s'agissant des obstacles de nature procédurale.

Section 2 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions procédurales

316. Entraves à la poursuite. Si l'un des éléments constitutifs de l'habitude ne peut pas faire l'objet de poursuites, l'ensemble risque d'en être affecté. Plusieurs obstacles de nature procédurale peuvent en effet empêcher la poursuite de l'habitude. En premier lieu, la loi pénale prévoit parfois des entraves à la poursuite, notamment lorsqu'elle subordonne le déclenchement de l'action publique au dépôt d'une plainte préalable de la victime¹¹⁸⁷ car les infractions concernées portent plus atteinte à des intérêts privés qu'à l'intérêt public. C'est également le cas lorsque l'auteur de l'infraction bénéficie d'une immunité, c'est-à-dire d'une « cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur d'une infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créant ce privilège a pris fin »¹¹⁸⁸, comme l'immunité familiale, qui a pour effet d'empêcher la poursuite de certaines infractions contre les biens lorsqu'elles sont commises dans le cadre familial¹¹⁸⁹. Ces entraves à la poursuite peuvent empêcher qu'une des infractions constitutives de l'habitude soit punie. Les remarques formulées à propos des obstacles de fond en ce qui concerne le lien d'analogie entre les comportements¹¹⁹⁰ trouvent à s'appliquer ici. En effet, ces entraves étant liées à la nature de l'infraction, elles s'appliqueront à chaque infraction constitutive de l'habitude toutes les fois où le droit pénal exige une identité de qualifications entre les comportements répétés. Par conséquent, si le champ d'application d'une entrave est lié à la qualification de l'infraction, cette entrave va nécessairement s'étendre à toutes les infractions composant l'habitude pénale dès lors que cette dernière exige une analogie absolue entre les comportements répétés. La répression de l'habitude est donc dépendante de la possibilité de poursuivre les infractions qui la composent.

317. Extinction de l'action publique. En second lieu, les comportements répétés peuvent ne pas être poursuivis en raison d'une cause d'extinction de l'action publique. Parmi

¹¹⁸⁷ C'est le cas des atteintes à la vie privée (art. 226-6 C. pén.), de la diffamation (art. 48 2°, 4° et 6° de la loi du 29 juillet 1881) ou encore de la chasse sur le terrain d'autrui (art. L. 428-33 et L. 429-34 C. envir.).

¹¹⁸⁸ *Vocabulaire juridique*, (sous la direction de G. CORNU), *op. cit.*

¹¹⁸⁹ L'immunité familiale empêche les poursuites lorsque les infractions suivantes ont été commises au préjudice de son ascendant ou de son descendant, ou au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément : vol (art. 311-12 C. pén.), extorsion (art. 312-9 al. 2), chantage (art. 312-12 al. 2), escroquerie (art. 313-3 al. 2) et abus de confiance (art. 314-4).

¹¹⁹⁰ *Supra*, n°303 et s.

ces causes énumérées à l'article 6 du Code de procédure pénale¹¹⁹¹, il est possible de distinguer entre causes normales et causes exceptionnelles d'extinction de l'action publique¹¹⁹². Les causes exceptionnelles d'extinction de l'action publique telles que la transaction, l'exécution d'une composition pénale ou le retrait de la plainte lorsque celle-ci conditionne la poursuite, n'appellent pas de développements particuliers car elles suivent le même raisonnement que les entraves à la poursuite évoquées précédemment. En revanche, il convient de s'attarder sur les causes d'extinction de l'action publique qui présentent un intérêt particulier en matière d'habitude : il s'agit de la prescription¹¹⁹³ (§ 1) et de la chose jugée (§ 2).

§ 1 : L'influence de la pluralité de comportements en cas de prescription de l'action publique

318. Influence de la licéité ou de l'illicéité des comportements. La pluralité de comportements a une influence sur la répression de l'habitude, mais celle-ci se traduit différemment selon que les comportements sont intrinsèquement punissables ou non. Dans le premier cas, celui de l'infraction de l'habitude, la pluralité de comportements va simplement avoir une incidence sur le point de départ du délai de prescription. Autrement dit, les actes de l'infraction d'habitude ne peuvent pas se prescrire isolément car ils ne sont pas

¹¹⁹¹ « L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée. [...] Elle peut en outre s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale ; il en est de même en cas de retrait de la plainte lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite ».

¹¹⁹² La distinction est empruntée à B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n°197 et s.

¹¹⁹³ Définie comme un « mode d'extinction de l'action publique résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi, dont la survenance résulte du seul écoulement du temps » (*Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, *op. cit.*) la prescription de l'action publique consiste en une irrecevabilité à agir. On peut s'interroger sur la nature juridique des lois relatives à la prescription. S'agit-il de lois de fond ou de lois de forme ? Si on considère que la prescription qui empêche la poursuite a pour résultat l'impunité du délinquant, comme l'amnistie, il faut admettre qu'elle touche au fond du droit, et décider que les lois qui la concernent sont des lois de fond (G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, op. cit.*, n°903 bis). Mais si au lieu de prendre en considération le résultat, les effets de la prescription, on prend en compte le moyen grâce auquel ce résultat est obtenu, à savoir l'impossibilité de poursuivre le délinquant en raison de l'extinction de l'action publique, alors, on peut considérer que la prescription concerne la procédure pénale et qu'il s'agit d'une loi de forme (B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n°9). En outre, la jurisprudence considère que les lois concernant la prescription de l'action publique doivent être soumises au régime de l'application de la loi dans le temps des lois de forme. Un autre argument plaide en faveur de la nature procédurale de la prescription : elle sanctionnerait la négligence des autorités de poursuites dont l'inaction prolongée leur ferait perdre le droit de déclencher l'action publique. La prescription de l'action publique doit donc avoir une nature purement procédurale. Pour un exposé détaillé de tous les arguments, v. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes, op. cit.*, n°437. *Contra* C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction, op. cit.*, notamment n°657 et s., selon laquelle la prescription est une question de fond.

individuellement délictueux, mais leur pluralité va avoir pour effet de retarder le point de départ du délai de prescription de l'habitude. Dans le second cas, lorsque l'habitude est composée de plusieurs infractions, celles-ci peuvent se prescrire isolément. Si l'une d'entre elles est couverte par la prescription, elle ne pourra pas être poursuivie, ce qui se répercute sur la répression de l'habitude. Au regard de la différence de raisonnement, il convient de traiter séparément la prescription de l'infraction d'habitude (A) de celle des habitudes formées de plusieurs infractions (B).

A. La prescription de l'infraction d'habitude

319. Incidence de la pluralité de faits sur le point de départ du délai de prescription. L'action publique ne se conçoit qu'à l'égard d'un fait qui présente l'apparence d'une infraction ; par conséquent, s'agissant de l'infraction d'habitude, elle ne peut pas être envisagée isolément sur chacun des actes qui la composent puisqu'ils sont en eux-mêmes licites. Néanmoins, en tant que catégorie d'infraction complexe¹¹⁹⁴, l'infraction d'habitude va être soumise aux règles particulières qui leur sont applicables en matière de point de départ du délai de prescription de l'action publique.

320. Retard du point de départ au jour du dernier acte. *A priori*, il semble logique d'admettre que la prescription court du moment où l'infraction d'habitude est consommée, c'est-à-dire au deuxième acte¹¹⁹⁵. Lorsque l'infraction ne comprend que deux actes, le délai de prescription de l'action publique court incontestablement à compter du second. Cependant, cette solution doit-elle s'appliquer lorsque l'infraction d'habitude comprend plus de deux actes ? On sait en effet que si seuls deux actes sont nécessaires, l'habitude peut comporter des comportements supplémentaires¹¹⁹⁶ : lorsqu'il y a trois comportements, ou plus, le délai de prescription doit-il commencer au moment de la consommation de l'infraction (au deuxième acte) ou au moment du dernier acte ?

La doctrine est partagée. Certains estiment que la prescription commence à courir au moment où l'infraction d'habitude s'est réalisée, c'est-à-dire au jour où l'habitude apparaît,

¹¹⁹⁴ Sur cette idée : v. *supra*, n°154.

¹¹⁹⁵ *Supra*, n°105.

¹¹⁹⁶ *Supra*, n°123 et s.

soit au deuxième acte¹¹⁹⁷. Cette solution ne semble pas très efficace d'un point de vue répressif car si le délinquant continue d'accomplir des actes régulièrement, il pourra « bénéficier » de la prescription au bout de trois ans¹¹⁹⁸, alors que certains de ses actes peuvent avoir été accomplis très récemment. Certains ont alors proposé, en cas de comportements supplémentaires, d'attendre que l'auteur consomme une nouvelle infraction pour qu'elle lui soit imputée¹¹⁹⁹. Cependant cette dernière proposition ne semble pas satisfaisante dans la mesure où, quel que soit le nombre d'actes accomplis, il n'y aura pas deux infractions d'habitude distinctes mais une seule composée de, par exemple, quatre actes différents¹²⁰⁰.

A l'inverse, la majorité de la doctrine considère que le point de départ du délai de prescription doit être la commission du dernier « acte constitutif » de l'habitude¹²⁰¹. Cette terminologie est ambiguë dans la mesure où elle peut désigner à la fois l'acte *consommant* l'infraction (le deuxième) ou bien le dernier acte (acte postérieur au deuxième non exigé pour la consommation de l'infraction mais rattaché à l'infraction d'habitude)¹²⁰². La seconde possibilité est la plus appropriée car tous les actes accomplis sont *constitutifs* de l'infraction d'habitude. Par conséquent, il semble logique de retarder le point de départ du délai au jour du dernier acte de l'infraction d'habitude.

321. Jurisprudence. La solution a été fixée au XIX^{ème} siècle à propos du délit d'usure, autrefois délit d'habitude : « Le délit d'habitude d'usure se composant de faits usuraires successifs, les faits récents, et qui remontent à moins de trois années avant les poursuites, se joignent aux faits antérieurs à ces trois années, et font revivre les anciens faits pour concourir à établir le délit et l'amende qui doit lui être appliquée »¹²⁰³. La jurisprudence

¹¹⁹⁷ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°210.

¹¹⁹⁸ Les infractions d'habitude étant toutes de nature délictuelle (v. la liste *supra*, n°14), elles se prescrivent par trois ans, conformément à l'article 8 du Code de procédure pénale

¹¹⁹⁹ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires, op. cit.*, n°543.

¹²⁰⁰ *Supra*, n°126 et s.

¹²⁰¹ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°236 et *Procédure pénale, op. cit.*, n°207 ; B. CHALLE, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 7 à 9, fasc. 20 : action publique, prescription, préc., n°26 ; C. COURTIN, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prescription pénale, 2011, n°32 ; E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal, op. cit.*, p. 304 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°440 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 2, *op. cit.*, t. 2, n°731 ; C. GAVALDA, « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Etudes de droit criminel*, sous la direction de G. Stefani, Publications de l'Institut de criminologie de la Faculté de droit de Paris, Dalloz, 1956, p. 77, n°13 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 6^{ème} éd., 2010, Litec, n°1237 ; J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, A. Colin, 11^{ème} éd., 2004, n°73 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n°174 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général, op. cit.*, n°488.

¹²⁰² Sur ce point, à propos de la localisation de l'habitude dans le temps, v. *infra*, n°370.

¹²⁰³ Cass. crim. 15 juin 1821 : Bull. crim. n°122.

opte donc pour la seconde solution, à savoir que le point de départ de la prescription est fixé au dernier acte, sans tenir compte du délai qui sépare les différents actes. La solution a été confirmée par la suite¹²⁰⁴ et semble toujours applicable, même si les décisions évoquant le dernier acte de l'infraction comme point de départ de la prescription sont rares¹²⁰⁵, probablement faute de contentieux¹²⁰⁶.

322. Appréciation de la solution. Cette solution illustre le phénomène plus global de sévérité de la chambre criminelle en matière de prescription de l'action publique. A cet égard, elle est parfois critiquée : « Etrange anomalie vraiment, qu'un acte non punissable par lui-même puisse le devenir ultérieurement par la perpétration d'un acte semblable, même plus de trois années après qu'il a été consommé »¹²⁰⁷. En réalité, ce qui est critiquable, c'est moins le fait que la prescription court à partir du dernier acte que le fait que l'on ne tienne pas compte du délai séparant les comportements. Cette idée est à mettre en relation avec ce qui a été dit à propos du délai séparant les actes¹²⁰⁸. Contrairement aux solutions jurisprudentielles, il semble que les actes constitutifs de l'infraction d'habitude ne doivent pas être séparés par un délai supérieur à la prescription. Cette condition respectée, il n'est alors pas gênant que le point de

¹²⁰⁴ Cass. crim. 29 mai 1824 : Bull. crim. n°72 ; 23 juill. 1825 : Bull. crim. n°137 ; 24 déc. 1825 : Bull. crim. n°242 : S. 1826,1, p. 138 : « La prescription de trois ans, en matière de délits correctionnels, n'est pas applicable aux faits particuliers d'usure qui remontent à plus de trois ans avant les poursuites lorsque, entre les faits anciens d'usure et les faits nouveaux, il n'y a pas eu interruption de trois ans, les faits anciens peuvent être pris en considération pour servir à la constatation du délit d'usure habituelle et au calcul de l'amende prononcée » ; Cass. crim. 21 oct. 1841 : Bull. crim. n°310 : « en matière de délit d'habitude d'usure, la prescription ne commence à courir qu'à compter du dernier fait constitutif d'usure, en sorte que, tant que le délit n'est pas prescrit, tous les prêts usuraires, même antérieurs de trois ans à ceux pour lesquels le prévenu est poursuivi, s'il n'est pas déclaré que par leur nature ou leur ancienneté, ils ne peuvent concourir à établir l'habitude, doivent être comptés comme éléments du délit et concourir à l'évaluation de l'amende » ; Cass. crim. 30 déc. 1853 : S. 1854.I.304 : « les faits d'exaction remontant à plus de trois ans avant les poursuites peuvent être réunis aux faits postérieurs pour constituer le délit : en ce cas, nulle prescription ne saurait couvrir les premiers faits » ; Cass. crim. 14 nov. 1862 : Bull. crim. n°247 : « la prescription du délit d'usure n'est acquise qu'autant que les faits poursuivis remontent à plus de trois ans, mais il en est autrement quand des faits anciens s'enchaînent sans interruption à des faits d'usure ayant moins de trois ans ; il y a dans tous ces faits un élément commun du délit qui repousse la prescription de tous ces faits successifs ».

¹²⁰⁵ CA Bourges 20 nov. 2003, dans l'affaire qui a donné lieu à Cass. crim. 22 sept. 2004 : inédit, pourvoi n°03-87452 : « s'agissant d'une infraction constituée par une activité habituelle, la prescription ne commence à courir qu'à compter du dernier acte constituant cette activité » (à propos de l'exercice illégal de la profession de banquier) ; Cass. crim. 3 oct. 2006 : inédit, pourvoi n°05-86658 (exercice illégal de la profession de syndic) ; Cass. crim. 16 juin 2010 : inédit, pourvoi n°08-88211 (exercice illégal des professions de banquier et de conseiller en investissements financiers).

¹²⁰⁶ Il est intéressant de noter que le droit belge retient également cette solution répressive : D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale, op. cit.*, p. 59.

¹²⁰⁷ C. MUTEAU, « De la prescription de l'action publique et de l'action civile en matière pénale, examen critique de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence », Chevalier-Maresq, 1895, p. 224. V. également F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 3, Plon, 2^{ème} éd., 1866, p. 710.

¹²⁰⁸ *Supra*, n°226 et s.

départ du délai de prescription soit retardé au dernier acte accompli par l'auteur. L'infraction continue d'exister tant que l'auteur accomplit de nouveaux actes : il semble alors logique de retenir comme point de départ de la prescription le dernier acte accompli.

La pluralité d'actes composant l'infraction d'habitude a donc une influence sur sa répression en ce qu'elle retarde le point de départ du délai de prescription. En revanche, une telle influence se manifeste différemment à l'égard des habitudes formées de plusieurs infractions.

B. La prescription des habitudes formées de plusieurs infractions

323. Influence de la condamnation. Puisque l'action publique ne se conçoit qu'à l'égard d'une infraction, il faut en appliquer les règles individuellement à chaque infraction qui compose l'habitude. En tant qu'ensemble, l'habitude n'est donc qu'indirectement soumise aux règles de prescription de l'action publique. La répression de l'habitude est alors dépendante de l'absence de prescription des infractions la composant. Si l'une des infractions est atteinte par la prescription, elle ne pourra pas être poursuivie, ce qui déteindra sur l'habitude. Or, les conséquences de la prescription d'une des infractions semblent varier selon que la première infraction a fait l'objet d'une condamnation (1) ou non (2).

1. En présence d'une condamnation pénale

324. Absence de prescription de la seconde infraction. Lorsque les infractions composant l'habitude sont liées par une décision de condamnation pénale, il est évident que la première d'entre elles ne peut pas être atteinte par la prescription puisqu'elle a fait l'objet d'une décision. Par conséquent, seule la seconde est potentiellement face à un obstacle de procédure empêchant sa répression. Ainsi, la répression de la récidive et de la réitération est subordonnée à l'absence de prescription de la seconde infraction. Mais étant donné que la récidive constitue une circonstance aggravante, on peut penser que ce paramètre va avoir une influence, si bien qu'il est préférable de traiter séparément la récidive et la réitération.

325. Récidive. Il ne faut pas confondre le délai de prescription de la seconde infraction avec le délai dans lequel la seconde infraction doit être commise pour constituer la récidive. Le premier correspond au temps écoulé entre le moment où a été commise la seconde infraction et le moment où le ministère public déclenche les poursuites, le second au temps

écoulé entre l'expiration ou la prescription de la peine subie pour la première infraction et la commission de la seconde¹²⁰⁹. Lorsque l'on s'interroge sur le délai de prescription de la deuxième infraction, on suppose que la récidive est bien constituée, ce qui implique que la condition de délai dans lequel la seconde infraction doit avoir été commise est bien remplie.

Pour que la récidive puisse être réprimée, il faut donc que la seconde infraction (ou la dernière de manière plus générale) ne soit pas couverte par la prescription. En principe, pour déterminer le délai de prescription, il faut connaître la nature de l'infraction en cause, car il dépend de la nature contraventionnelle, délictuelle ou criminelle de l'infraction considérée. Or, même si la récidive est une circonstance aggravante qui augmente la peine encourue pour la seconde infraction, elle n'a pas pour effet de faire changer la nature de l'infraction¹²¹⁰. Si la seconde infraction est un délit, elle restera soumise à la prescription triennale¹²¹¹ même si elle est punie d'une peine supérieure à dix ans d'emprisonnement ; s'il s'agit d'une contravention, la durée de la prescription est d'un an¹²¹² même si la récidive fait encourir une peine d'emprisonnement. La récidive ne sera donc punissable que si la seconde infraction n'est pas couverte par la prescription selon les délais indiqués ci-dessus.

326. Réitération d'infractions. La réitération d'infractions n'est pas une circonstance aggravante¹²¹³. Les problèmes rencontrés à propos de la circonstance aggravante de récidive ne se retrouvent donc pas ici. Toutefois, la problématique reste la même. Pour que l'habitude soit punissable, il ne faut pas que la seconde infraction soit couverte par la prescription. La durée de celle-ci s'apprécie logiquement au regard de la nature contraventionnelle, délictuelle ou criminelle de l'infraction considérée.

En matière de récidive et de réitération, la prescription de l'action publique ne peut affecter que la seconde infraction. Reste à voir si c'est également le cas lorsque les infractions ne sont pas liées par une décision de condamnation.

¹²⁰⁹ Sur ce délai, v. *supra*, n°214 et s.

¹²¹⁰ *Supra*, n°291.

¹²¹¹ Art. 8 C. proc. pén.

¹²¹² Art. 9 C. proc. pén.

¹²¹³ *Contra* M. WAGNER, *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 50, 2011, n°121, selon laquelle la réitération prévue à l'article 132-16-7 du Code pénal serait une circonstance aggravante générale car elle entraîne un « cumul de peines, donc nécessairement une sanction plus forte ». Sur la critique de cet argument, v. *infra*, n°467.

2. En l'absence de condamnation

327. Prescription individuelle de chaque infraction. Lorsque les infractions qui forment l'habitude ne sont pas séparées par une décision de condamnation, chacune d'entre elles peut se prescrire isolément. Dès lors, la répression de l'habitude sera dépendante de l'absence de prescription des éléments qui la composent. Cette affirmation se vérifie aussi bien pour le concours réel général (a) que pour le concours homogène aggravant (b).

a) Concours réel général

328. Condition de répression et condition d'existence. Pour que le concours réel soit punissable, les infractions le composant ne doivent pas être atteintes par la prescription au moment où le ministère public décide de poursuivre. A cet égard, une précision s'impose. A l'instar de la récidive pour laquelle il faut distinguer le délai de prescription de la seconde infraction et le délai de récidive, il convient ici de ne pas confondre le délai de prescription de la seconde infraction avec le délai maximum séparant les infractions équivalent au délai de prescription. En effet, si les infractions sont séparées par un délai supérieur à un an pour les contraventions, trois ans pour les délits et dix ans pour les crimes, on est en droit de penser qu'il n'y a pas de concours réel¹²¹⁴.

En revanche, l'absence de prescription des infractions est une condition de répression du concours. Il est en effet possible que le concours soit formé mais que la première infraction soit prescrite et empêche donc la répression du concours. Par exemple, si une personne commet un délit le 1er janvier 2008 puis un second le 1er juillet 2009, il y a bien concours d'infractions puisqu'elles ne sont pas séparées par plus de trois ans. En revanche, à partir de janvier 2011, la première infraction ne pourra pas plus être sanctionnée car l'action publique est éteinte à son égard. Pour que le concours réel d'infractions puisse être réprimé en tant que tel, il faut donc vérifier que les infractions qui le composent ne sont pas atteintes par la prescription. Si, par exemple, la première infraction est prescrite, alors seule la seconde infraction pourra être poursuivie, auquel cas il ne s'agit pas de la sanction d'un concours. Evidemment, une conclusion différente s'impose si au moins deux infractions ne sont pas

¹²¹⁴ *Supra*, n°222 et s.

atteintes par la prescription¹²¹⁵. La répression du concours est donc dépendante de la répression des infractions qui le composent.

329. Point de départ du délai de prescription. L'influence de la pluralité matérielle de comportements se manifeste également quant à la détermination du point de départ du délai de prescription. En effet, contrairement à l'infraction continuée, dont le point de départ de la prescription de l'action publique est fixé au jour de l'accomplissement de la dernière infraction¹²¹⁶, la commission d'infractions en concours réel n'a pas pour effet de retarder le point de départ de la prescription de l'ensemble, sauf à admettre que les infractions sont connexes¹²¹⁷. Chaque infraction étant indépendante, elle conserve ses propres conditions de répression, seule la sanction est une sanction de l'ensemble. Cette logique devrait alors se retrouver en matière de concours homogène aggravant.

b) Concours homogène aggravant

330. Conception de l'habitude circonstance aggravante. L'habitude circonstance aggravante peut être conçue de deux façons différentes¹²¹⁸. En premier lieu, selon la théorie de l'infraction aggravée, la circonstance aggravante forme avec l'infraction simple une nouvelle infraction appelée infraction aggravée. En tant qu'élément de l'infraction aggravée, la circonstance aggravante ne peut alors pas se prescrire de manière autonome¹²¹⁹. Cette idée serait confortée par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui considère que la circonstance aggravante « ne peut pas être soumise à une autre prescription que celle du fait principal dont elle est l'accessoire »¹²²⁰. Toutefois, il ne faut pas oublier que selon cette théorie, la circonstance aggravante réside seulement dans le penchant délictueux de l'auteur. La première infraction ne sert qu'à prouver ce penchant et reste juridiquement distincte de l'infraction aggravée composée de la seconde infraction et du penchant

¹²¹⁵ Puisque deux infractions suffisent à former un concours réel d'infractions : *supra*, n°98.

¹²¹⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°232 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, *op. cit.*, n°116 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, *op. cit.*, n°79-I ; Cass. crim. 7 janv. 1944 : S. 1944, 1, p. 112.

¹²¹⁷ Sur ce point, v. *infra*, notamment n°407 et s.

¹²¹⁸ *Supra*, n°61 et s.

¹²¹⁹ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°434.

¹²²⁰ Cass. crim. 21 janv. 1887 : D. 1887, 1, p. 287, note E. GARÇON ; S. 1888, 1, p. 233, note E. VILLEY, à propos du délit corrélatif au meurtre.

délictueux. Par conséquent, il y a bien deux infractions distinctes qui se prescrivent isolément l'une de l'autre.

En second lieu, l'habitude circonstance aggravante peut être conçue comme un cas particulier de concours réel. Dans ce cas, chaque infraction conserve son individualité juridique. Les infractions étant appréhendées ensemble seulement au regard de la peine, elles peuvent alors se prescrire isolément. La conclusion est donc la même dans les deux théories : chaque infraction peut se prescrire isolément, ce qui ne règle toutefois pas la question de la détermination du délai de prescription.

331. Influence de la circonstance aggravante sur la durée du délai de prescription.

Pour déterminer le délai de prescription il faut en effet connaître la nature de l'infraction en cause, car le délai varie en fonction de la gravité de l'infraction. Or, les circonstances aggravantes éventuelles peuvent influencer sur la qualification de l'infraction. Ainsi, selon la théorie de l'infraction aggravée, il faudrait tenir compte de l'aggravation pour déterminer si la seconde infraction est prescrite ou non. Le raisonnement serait alors identique à celui qui s'applique en matière de récidive¹²²¹. Toutefois, la circonstance aggravante d'habitude n'a pas pour effet de changer la nature de l'infraction¹²²² : par exemple, elle n'a jamais pour effet de transformer un délit en crime. Par conséquent, la durée du délai de prescription est déterminée de manière classique, au regard de la nature criminelle, délictuelle ou contraventionnelle de l'infraction.

Si, à l'inverse, l'hypothèse dans laquelle le législateur sanctionne plus sévèrement la commission habituelle d'une infraction est conçue comme un cas particulier de concours réel, chaque infraction conserve son individualité juridique, seule la peine étant commune¹²²³. Par conséquent, la durée du délai est déterminée par référence à la gravité de chaque infraction, ce qui mène à la même solution qu'avec la théorie de l'infraction aggravée.

332. Point de départ du délai de prescription. Quelle que soit la théorie appliquée, il faut admettre que chaque infraction se prescrit isolément. Par conséquent, aucune règle ne prévoit que le point de départ du délai de prescription de la première infraction est reporté au

¹²²¹ *Supra*, n°325.

¹²²² *Infra*, n°313.

¹²²³ *Supra*, n°63.

jour de la commission de la deuxième, etc¹²²⁴. Lorsque l'habitude pénale est composée de plusieurs infractions, elle ne peut pas se prescrire en elle-même car en tant qu'ensemble d'infractions, sa prescription est nécessairement dépendante de la prescription des infractions qui la composent.

333. Conclusion sur l'influence de la pluralité de comportements en cas de prescription de l'action publique. La répression de l'habitude pénale dépend ainsi, quelle qu'elle soit, de l'absence de prescription atteignant l'un de ses éléments constitutifs. En matière d'infraction d'habitude d'abord, la pluralité de comportements a ainsi pour effet de repousser le point de départ du délai de prescription de l'infraction au dernier acte. Pour les habitudes formées de plusieurs infractions ensuite, la pluralité de comportements est également à prendre en compte car la prescription de l'un de ces comportements emporte parfois l'impossibilité de sanctionner l'habitude. Parce que la structure complexe de l'habitude pénale influe nécessairement sur les conditions de sa répression, la chose jugée qui atteint l'un des comportements de l'habitude pourra également faire obstacle à la répression de l'habitude dans son ensemble.

§ 2 : L'influence de la pluralité de comportements en cas de chose jugée

334. Notion de chose jugée. La chose jugée est une cause d'extinction de l'action publique¹²²⁵. La doctrine considère généralement que l'autorité de chose jugée d'une décision répressive s'acquiert au moment où la décision devient irrévocable¹²²⁶. Pour que l'habitude soit sanctionnée, il ne faut pas qu'un ou plusieurs comportements soit atteint par la chose jugée. Evidemment, l'autorité de chose jugée aura nécessairement des implications différentes selon que l'existence d'une condamnation constitue une condition de l'existence de l'habitude ou non, c'est-à-dire selon que l'habitude pénale est judiciaire (A) ou non judiciaire (B).

¹²²⁴ Sauf à admettre la connexité : sur cette idée : v. *infra*, n°407 et s.

¹²²⁵ Art. 6 C. proc. pén.

¹²²⁶ B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n°981 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, A. Colin, 4^{ème} éd., 2002, n°663 ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1023.

Contra : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°2465 selon lesquels la décision acquiert autorité de chose jugée dès le jour de son prononcé.

A. Habitudes pénales judiciaires

335. Récidive et réitération. La récidive et la réitération partagent l'exigence d'une condamnation entre les infractions accomplies, ce qui en fait des habitudes pénales judiciaires¹²²⁷. Elles impliquent donc, par définition, que la première infraction soit atteinte par la chose jugée puisqu'elle doit avoir fait l'objet d'une condamnation. La répression de ces habitudes ne peut donc pas être entravée par l'extinction de l'action publique à l'égard de la première infraction. En revanche, l'extinction de l'action publique par la chose jugée à l'encontre de la seconde infraction suscite des interrogations au regard de la circonstance aggravante de récidive. Ainsi, lorsque la seconde infraction a été jugée sans tenir compte de la circonstance aggravante de récidive, est-il possible de la rejurer en tenant compte de cette circonstance ?

Il faut remarquer que le juge pénal n'est pas obligé de relever l'état de récidive¹²²⁸. Par conséquent, s'il ne le fait pas, c'est probablement parce qu'il n'estime pas nécessaire d'aggraver la peine¹²²⁹. Le délinquant est donc jugé comme un réitérant au sens où la peine encourue pour la seconde infraction n'est pas aggravée¹²³⁰. L'article 6 du Code de procédure pénale indique clairement que la chose jugée est une cause d'extinction de l'action publique, si bien qu'il devrait être impossible de poursuivre à nouveau le même fait sous prétexte qu'une circonstance aggravante n'a pas été retenue.

En conclusion, si la seconde infraction a fait l'objet de poursuites mais que la juridiction n'a pas tenu compte de l'état de récidive et ainsi jugé le délinquant suivant les règles de la réitération, il n'est alors pas possible d'exercer de nouvelles poursuites même si la circonstance aggravante n'a pas été retenue. L'extinction de l'action publique empêche donc d'exercer de nouvelles poursuites sans que l'habitude n'ait une quelconque influence. Cette logique se retrouve à propos des habitudes pénales non judiciaires, qui ne requièrent pas de condamnation entre les comportements répétés.

¹²²⁷ *Supra*, n°240.

¹²²⁸ *Supra*, n°93.

¹²²⁹ A moins que pour des raisons pratiques, les condamnations précédentes soient restées inconnues.

¹²³⁰ *Infra*, n°467.

B. Habitudes pénales non judiciaires

336. Influence de la licéité ou de l'illicéité des comportements. L'infraction d'habitude, le concours réel général et le concours homogène aggravant partagent la caractéristique suivante : les comportements qui les composent n'étant pas liés par une décision de condamnation, font partie de la catégorie des habitudes pénales non judiciaires¹²³¹. Dès lors, en l'absence d'une telle condamnation, le premier comportement n'est en principe pas atteint par la chose jugée. Toutefois, l'infraction d'habitude se démarque des deux autres institutions en ce que ses éléments constitutifs ne sont pas intrinsèquement illicites, de sorte qu'un comportement pris isolément ne peut pas être marqué par la chose jugée. Par conséquent, il convient de traiter séparément le cas de l'infraction d'habitude (1) de celui des concours réels (2).

1. L'infraction d'habitude

337. Purge de l'ensemble des actes. Les actes constitutifs de l'habitude n'étant pas en eux-même délictueux, ils ne peuvent pas isolément faire l'objet de poursuites et ne peuvent donc pas être atteints individuellement par la chose jugée. En revanche, à partir du moment où l'auteur a accompli deux actes et que l'infraction d'habitude est consommée¹²³², ces actes peuvent faire l'objet, ensemble, d'une même poursuite. La question se pose alors de savoir quels sont les effets de la chose jugée sur la répression de l'infraction d'habitude. Il va de soi que les faits qui ont donné lieu à la condamnation ne pourront plus faire l'objet de poursuites ultérieures. Mais qu'en est-il des faits restés inconnus et qui, tout en participant de la constitution de l'habitude, n'étaient pas compris dans la poursuite ? La doctrine admet que si certains actes composant l'infraction d'habitude ont donné lieu à une décision définitive, celle-ci purge tous les autres actes commis dans le passé, alors même qu'ils n'auraient pas été compris dans la poursuite car bien qu'ils constituent des faits nouveaux, ils ne forment avec les précédents déjà jugés qu'une seule et même infraction. L'action publique est donc éteinte et il y a chose jugée¹²³³. La jurisprudence est également en ce sens depuis un arrêt de la

¹²³¹ *Supra*, n°240.

¹²³² *Supra*, n°105.

¹²³³ En ce sens : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 428 et 429 ; C. GAVALDA, « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », *préc.*, n°26.

chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 août 1836, selon lequel « une condamnation pour délit d'habitude d'usure réprime nécessairement tous les faits antérieurs qui pouvaient constituer cette habitude, et dès lors ceux même qui n'auraient pas été compris distinctement dans le jugement qui l'a punie »¹²³⁴. Ainsi, une seconde poursuite ne peut pas intervenir pour des faits qui, bien que n'étant pas visés dans la première poursuite, ne forment avec eux qu'une seule infraction. En effet, « l'unité juridique de l'infraction d'habitude, malgré la pluralité d'actes dont elle est constituée impose (...) qu'une condamnation purge tous les faits antérieurs, même restés inconnus, et même si ces derniers faits pouvaient constituer, à eux seuls, une infraction d'habitude »¹²³⁵. Ce serait donc l'unité juridique de l'infraction d'habitude¹²³⁶ qui fonderait cette solution : les faits forment avec les précédents actes jugés une seule infraction, de sorte que l'action publique est éteinte et il y a chose jugée.

338. Critique. Une telle solution est parfois critiquée, notamment en ce que la recevabilité de la seconde poursuite dépend de l'identité de faits matériels et non de l'identité de faits juridiques¹²³⁷. En effet, si les faits sont juridiquement identiques puisque constitutifs d'une seule et même habitude pénale, ils n'en restent pas moins matériellement distincts. Or, la règle *ne bis in idem*, qui empêche de poursuivre la même personne plusieurs fois pour les mêmes faits, est fondée sur une acception matérielle des faits, car les faits soumis au juge pénal sont les faits matériels indépendamment de leurs caractères juridiques¹²³⁸, ce qui explique par exemple pourquoi le juge peut requalifier les faits. La saisine *in rem* signifie en effet que le juge pénal est saisi de faits matériels et reste libre de qualifier le comportement soumis à son appréciation¹²³⁹. Par conséquent, la poursuite des faits qui n'ont pas fait l'objet de la première condamnation ne violerait pas le principe *ne bis in idem*. S'il est parfaitement logique que l'action publique soit éteinte à l'égard des actes ayant fait l'objet d'une décision, il est donc contestable qu'elle le soit aussi à l'égard des faits non compris dans la poursuite. Pourtant, la doctrine admet que les faits antérieurs à un premier jugement passé en force de chose jugée ont été purgés par la poursuite dont ils ont fait l'objet, et que les faits restés inconnus lors de la première poursuite ne peuvent plus faire l'objet d'une deuxième

¹²³⁴ Cass. crim. 25 août 1836 : Bull. crim. n°288, S. 1837, p. 410. V. aussi CA Nancy 7 mars 1951 : D. 1951, p. 481 à propos de paris clandestins.

¹²³⁵ A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, op. cit., n°243.

¹²³⁶ *Supra*, n°123 et s.

¹²³⁷ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°653.

¹²³⁸ Comp. avec les développements relatifs à la saisine *in rem* : *infra*, n°412 et s.

¹²³⁹ La saisine *in rem* détermine également l'étendue de la saisine des juridictions. Sur ce double sens de la saisine *in rem*, v. notamment O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°593.

poursuite¹²⁴⁰. Une deuxième poursuite ne deviendrait alors possible que si au moins deux actes sont commis postérieurement à ce jugement, sans que l'on puisse tenir compte des premiers. L'argument selon lequel il n'est pas gênant de purger les actes restés inconnus car ceux-ci ne sont pas punissables isolément n'est pas convaincant. Si effectivement ces actes sont isolément licites, leur répétition a pour effet de former une infraction pénale appelant une sanction ; à partir du moment où deux actes ne sont pas atteints par la chose jugée, il faut les réprimer car ils forment une infraction d'habitude. L'existence d'une condamnation pénale devrait ainsi être une limite à l'unité juridique de l'infraction d'habitude.

Contrairement aux solutions du droit positif, il semblerait donc logique d'admettre que la chose jugée n'affecte que les actes qui ont fait l'objet de la première condamnation, sans purger l'ensemble des actes. Dès lors, si plusieurs faits n'avaient pas été jugés, ils pourraient être sanctionnés car leur addition caractérise une infraction d'habitude. Evidemment, les actes accomplis postérieurement à la condamnation ne seront pas atteints par la chose jugée et pourront donner lieu à de nouvelles poursuites, pour une infraction d'habitude qui sera juridiquement distincte de la première. Ces deux infractions pourront former, le cas échéant, une récidive ou une réitération.

La chose jugée devrait ainsi être appréciée individuellement à l'encontre de chaque comportement formant l'habitude. En effet, l'habitude pénale ne pourra être forcément être réprimée si un des actes qui la composent est atteint par la chose jugée, ce qui est également valable en matière de concours réels d'infractions.

2. Les concours réels

339. Concours réel général. Avant d'étudier l'influence de la chose jugée sur la répression du concours réel, un rappel s'impose. Par hypothèse, ne sont envisagées ici que les infractions répétées qui forment un concours réel et non une récidive ou une réitération : cela signifie qu'une éventuelle décision de condamnation a pour objet une des infractions en concours, mais que cette décision n'intervient pas entre la première et la seconde infraction. Par conséquent, si l'une des infractions en concours a fait l'objet d'une décision judiciaire, soit qu'elle condamne la personne, soit qu'elle la relâche, de nouvelles poursuites seront

¹²⁴⁰ F. HELIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, t. 2, Librairies techniques, 5^{ème} éd. mise à jour par J. Brouchet, 1948, n°1006 ; J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, op. cit., n°1786 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de l'instruction criminelle*, t. 1, op. cit., n°116.

impossibles pour cette infraction, en raison du principe *ne bis in idem*. Seules les infractions n'ayant pas fait l'objet d'une décision pourront en effet être réprimées. Toutefois, en cas de condamnation, la peine prononcée pour la première infraction aura une incidence sur la sanction du concours en raison du principe de non-cumul des peines, question étudiée ultérieurement¹²⁴¹.

340. Concours homogène aggravant. En toute logique, cette solution devrait s'appliquer à l'hypothèse dans laquelle le droit punit d'une peine aggravée la commission habituelle d'une infraction si l'on admet qu'il s'agit d'un cas particulier de concours réel¹²⁴². Toutefois, une solution différente prévaut en ce cas si l'on applique la théorie de l'infraction aggravée. Dans cette conception¹²⁴³, seule la seconde infraction est une infraction aggravée par l'habitude, qui consiste en le penchant délictueux de l'auteur. Par conséquent, si cette seconde infraction est poursuivie sans tenir compte de la circonstance aggravante d'habitude, se pose la question de savoir s'il est possible de la poursuivre à nouveau sous la qualification d'infraction aggravée en dépit de l'extinction de l'action publique par la chose jugée.

En principe, la circonstance aggravante n'est que l'accessoire de l'infraction poursuivie, si bien que l'action publique éteinte à l'égard du fait principal l'est par répercussion à l'égard du fait accessoire¹²⁴⁴. La circonstance aggravante se confond alors avec le fait initialement poursuivi en une seule infraction, de sorte qu'il ne peut y avoir une seule poursuite, et qu'une fois celle-ci exercée, l'action publique est éteinte à l'égard de tous les éléments composant cette infraction, même ceux qui n'auraient pas été inclus dans la poursuite¹²⁴⁵. En effet, les circonstances aggravantes sont étrangères au fait infractionnel, et accessoires au regard de l'identité des faits¹²⁴⁶.

La jurisprudence semble d'ailleurs statuer en ce sens. Dans une affaire soumise à la Cour d'appel d'Orléans, deux inculpés, l'un auteur, l'autre complice, étaient poursuivis pour avoir commis deux avortements, l'un au début de mars 1947, l'autre le 27 mars de la même année. Le second avortement avait été poursuivi en premier dans l'ignorance de l'avortement précédent et le jugement de condamnation était devenu définitif lorsqu'on eut connaissance

¹²⁴¹ *Infra*, n°435 et s.

¹²⁴² *Supra*, n°63.

¹²⁴³ *Supra*, n°62.

¹²⁴⁴ C. GAVALDA, « Aspects actuels du problème de la chose jugée au criminel sur le criminel », préc., n°28 ; J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., n°1786.

¹²⁴⁵ K. NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, op. cit., p. 133.

¹²⁴⁶ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°235.

du premier, qui fit alors l'objet d'une seconde poursuite. Le tribunal correctionnel jugeant la première infraction, avait retenu le fait que les inculpés avaient successivement pratiqué des manœuvres abortives sur deux personnes, et cela à moins d'un mois d'intervalle, pour leur appliquer la circonstance aggravante d'habitude. Mais la Cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 17 septembre 1948¹²⁴⁷ a réformé sur ce point le jugement de première instance : l'infraction considérée ayant été commise en premier, elle ne l'avait pas été en état d'habitude, et on ne pouvait pas prendre le second délit en date puisqu'il avait fait l'objet d'une condamnation définitive. Cette jurisprudence tend donc à admettre que l'habitude est bien une circonstance aggravante supportée par la seconde infraction, mais surtout qu'une fois l'infraction jugée sans la circonstance aggravante, elle ne peut pas faire l'objet de nouvelles poursuites en tant qu'infraction aggravée. La chose jugée éteint donc l'action publique si bien qu'il est impossible d'exercer de nouvelles poursuites pour le même fait autrement qualifié. Il est donc possible qu'une des infractions composant l'habitude empêche la répression de l'habitude elle-même car elle a déjà fait l'objet d'une décision judiciaire.

¹²⁴⁷ CA Orléans 17 sept. 1948 : *Gaz. Pal.* 16 nov. 1948.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La pluralité de comportements composant l'habitude a une influence sur les conditions de sa répression. En effet, qu'il s'agisse des conditions de fond ou de procédure, la répression de l'ensemble est dépendante de la répression de chaque comportement. Cette idée doit parfois être nuancée en matière d'infraction d'habitude parce que les actes qui la forment sont intrinsèquement licites, de sorte que certaines règles ne peuvent pas être appliquées à chaque acte pris isolément mais seulement à l'ensemble infractionnel qu'ils forment.

En premier lieu, l'habitude ne peut être réprimée que si les comportements qui la forment ont véritablement un caractère délictueux. Cela suppose d'abord qu'au cas où les infractions répétées seraient des infractions simplement tentées, la tentative soit incriminée. Cela suppose ensuite que ces infractions n'aient pas perdu leur caractère délictueux. En effet, une fois l'habitude formée, il se peut que l'un des comportements soit neutralisé *a posteriori* de sorte qu'il n'est plus punissable au regard de la loi pénale. Ainsi, en cas d'amnistie ou d'abrogation de la loi pénale, l'infraction perd son caractère délictueux et il n'est plus possible de la réprimer. Les conditions et effets de ces obstacles à la répression doivent donc être envisagés isolément à chaque comportement, ce qui affecte par répercussion la répression de l'habitude.

En second lieu, il est nécessaire de s'assurer qu'aucun des comportements n'est atteint par un obstacle à sa poursuite. Ainsi, lorsqu'il existe une cause d'entrave à l'action publique comme le dépôt d'une plainte préalable par la victime ou une immunité, ou encore une cause d'extinction de l'action publique, la poursuite est impossible. La répression de l'habitude est notamment dépendante, en raison de la pluralité de comportements, de l'absence de prescription ou de chose jugée affectant l'un des comportements.

L'influence de la pluralité matérielle de comportements cesse une fois que le principe même de la répression de l'habitude est acquis, autrement dit, une fois que les conditions de fond et de forme pour que l'habitude soit sanctionnée sont remplies. C'est alors l'unité juridique de l'habitude, liée à sa nature d'ensemble, qui va guider les modalités de sa répression.

Chapitre 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de sa répression

341. Autonomie des modalités de répression de l'habitude. L'habitude est avant tout un ensemble, une entité juridique distincte des comportements qui la composent. Par conséquent, l'unité juridique de l'habitude implique une certaine autonomie des modalités de sa répression. Celles-ci ne dépendent pas de la pluralité de comportements. Au contraire, les comportements répétés ayant été absorbés lors de la formation de l'habitude, ils sont devenus une partie du tout : dès lors, ils cessent d'être soumis à leurs propres modalités de répression pour être soumis à celles de l'habitude. Cette affirmation se vérifie aussi bien à l'égard des modalités de fond (Section 1) que des modalités de procédure (Section 2).

Section 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de fond

342. Soumission des comportements au régime de l'habitude. L'unité juridique de l'habitude a une influence sur les modalités de fond dans la mesure où celles-ci doivent s'appliquer non pas isolément à chaque comportement, mais à l'ensemble formé. L'habitude dispose alors d'un régime juridique autonome, tant en ce qui concerne les règles de participation (§ 1) que les règles de localisation (§ 2).

§ 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de participation

343. Modes de participation. Pour qu'il y ait habitude, il faut bien évidemment que l'auteur des comportements répétés soit la même personne¹²⁴⁸. Dans l'hypothèse la plus simple, il n'y a donc qu'un participant à l'habitude. Toutefois, il est possible qu'il y ait une pluralité de participants : soit des coauteurs, soit des complices. La question est alors de savoir dans quelle mesure ces participants vont devoir supporter la sanction de l'habitude alors qu'il ne l'ont pas forcément eux-même réalisée. L'unité juridique de l'habitude va ainsi avoir une influence sur les conditions de la coaction (A) et de la complicité (B). Par ailleurs,

¹²⁴⁸ *Supra*, n°11 et n°143.

l'unité de l'ensemble que forme l'habitude va se répercuter sur la sanction de délinquants n'ayant pas participé à la réalisation de l'habitude mais à des infractions dépendantes d'une infraction constitutive d'une habitude (C).

A. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la coaction

344. Définition de la coaction. La coaction peut se définir comme la juxtaposition de plusieurs infractions commises de façon simultanée, les coauteurs agissant ensemble « pour la réalisation d'une seule et même infraction »¹²⁴⁹ et chaque coauteur devant théoriquement réunir sur sa tête tous les éléments constitutifs de l'infraction. Par conséquent, chaque coauteur étant lui-même un auteur, on ne peut lui reprocher l'habitude que s'il l'a lui-même commise. Ainsi, pour une infraction d'habitude, il est indispensable que l'habitude soit constituée chez tous les coauteurs¹²⁵⁰. En présence de plusieurs infractions comme en matière de concours réel, réitération et récidive, il faut avoir soi-même accompli toutes les infractions pour être coauteur d'une habitude et ainsi se la voir reprocher. Si la répression de l'habitude commise par un coauteur est donc *a priori* très simple puisqu'elle est identique à celle de l'auteur, des difficultés surgissent toutefois en présence d'une circonstance aggravante comme la récidive ou l'habitude¹²⁵¹.

345. Nature de la circonstance aggravante : personnelle ou mixte ? En raison de l'indépendance des coactions, le sort de chaque coauteur est indépendant de celui des autres, ce qui devrait impliquer que les circonstances aggravantes ne se communiquent pas entre eux. Cette solution dépend en réalité de la nature des circonstances aggravantes, selon qu'elles sont considérées comme personnelles, réelles ou mixtes.

Les circonstances aggravantes personnelles sont celles qui dépendent de la personne de l'agent : elles demeurent propres au coauteur qui les présente¹²⁵² et ne se communiquent pas. La majorité de la doctrine considère que la récidive et l'habitude sont des circonstances

¹²⁴⁹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n°379 ; v. également, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 371.

¹²⁵⁰ Cass. crim. 17 mai 1851 : *DP* 1851, 1, p. 303 ; 8 juill. 1897 : Bull. crim. n°230.

¹²⁵¹ Seront ici envisagées les deux conceptions de la circonstance aggravante d'habitude (*supra*, n°62 et s.).

¹²⁵² D. ALLIX, *Essai sur la coaction. Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. XX, 1976, n°70 note 1 t n°47 ; M. DALLOZ, *Rép. pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, préc., n°74 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°506.

aggravantes personnelles¹²⁵³ ou « purement personnelles »¹²⁵⁴ car elles tiennent uniquement à la personne de l'agent. La jurisprudence considère d'ailleurs que les circonstances personnelles doivent faire l'objet d'une question distincte à l'égard de chaque coauteur¹²⁵⁵.

Cependant, on pourrait considérer que, dès lors que le passé pénal d'un des coauteurs est connu de l'autre, cette circonstance pourrait lui être reprochée car elle a facilité la commission de l'infraction. Par exemple, l'expérience criminelle du voleur multirécidiviste spécialisé dans le cambriolage nocturne de maisons risque de faciliter la réalisation d'un nouveau cambriolage commis conjointement avec un primo-délinquant. Dans ce cas, on peut considérer que le passé pénal du coauteur multirécidiviste a facilité la commission de l'infraction et que le coauteur non récidiviste doit lui aussi supporter l'aggravation de peine résultant de la récidive¹²⁵⁶. Ainsi, tant la récidive que l'habitude¹²⁵⁷ pourraient être qualifiées de circonstances mixtes¹²⁵⁸, puisqu'elles « ont leur cause en la personne mais leur effet sur la manière dont l'acte est effectué »¹²⁵⁹. Criminologiquement, il est vrai que si la circonstance aggravante favorise ou détermine la perpétration de l'infraction par le coauteur, ce dernier profite de sa présence, et il ne semble pas illégitime de la lui reprocher, même si elle n'est pas caractérisée chez lui. Toutefois, il a été remarqué¹²⁶⁰ que le critère de l'*effet* de la circonstance aggravante est difficilement acceptable car il imposerait de vérifier dans chaque espèce que la circonstance aggravante a effectivement eu une incidence sur la manière dont l'infraction a été commise, ce qui semble difficile à établir. Dans l'exemple, comment établir alors avec certitude que l'expérience du récidiviste a effectivement eu une influence sur la réalisation de l'infraction ? Il n'y a donc pas de coïncidence absolue entre l'existence de la circonstance aggravante de récidive chez un coauteur et la facilitation de la commission de l'infraction

¹²⁵³ R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, éd. Gualino, 2003, n°488 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°364 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°425 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°559 et 564-1 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°390 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°454 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°371.

¹²⁵⁴ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 243 et 244 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, *op. cit.*, n°546 ; P. SALVAGE, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 121-6 et 121-7, fasc. 20 : complicité, 2005, n°104.

¹²⁵⁵ Par ex. Cass. crim. 3 déc. 1980 : Bull. crim. n°332 ; 5 mars 1981 : Bull. crim. n°83, *RSC* 1982, p. 629, note J.-H. ROBERT ; 30 oct. 1996 : Bull. crim. 384, *D.* 1997, somm. 147, obs J. PRADEL ; 14 avr. 1999 : *D.* 1999, somm. p. 323.

¹²⁵⁶ Sur le caractère aggravant de la récidive : *infra*, n°459 et s.

¹²⁵⁷ Si l'on admet que l'habitude est une circonstance aggravante *stricto sensu* : *supra*, n°62 et s.

¹²⁵⁸ S. FOURNIER, « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995, p. 475, n°19. Cette catégorie de circonstance aggravante ne fait pas l'unanimité en doctrine. V. par ex. pour une critique : E. DREYER, « Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ? », note sous Cass. crim. 7 sept. 2005, *D.* 2006, p. 835, n°5.

¹²⁵⁹ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°425.

¹²⁶⁰ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°593.

chez l'autre. En définitive, il est préférable d'admettre que la récidive et l'habitude sont des circonstances aggravantes purement personnelles et qu'elles ne se transmettent pas au coauteur.

S'agissant plus particulièrement de la circonstance d'habitude, il faut rappeler qu'il est possible, au lieu de la concevoir comme une circonstance aggravante *stricto sensu*, de l'appréhender comme consacrant un cas particulier de concours réel¹²⁶¹. Dès lors, la répétition d'une infraction identique par une même personne ne sert qu'à aggraver la peine encourue pour l'ensemble de ces infractions en règlement de ce concours réel d'infractions, sans participer de la qualification de l'infraction. Par conséquent, la question de savoir si l'aggravation de peine se transmet au coauteur ne se pose même pas. Par exemple, deux coauteurs, X et Y commettent l'infraction de recel de malfaiteurs ; or, X a quelque temps auparavant, commis la même infraction. Si l'on conçoit l'aggravation de peine prévue à l'article 434-6 alinéa 1 du Code pénal comme étant une circonstance aggravante d'habitude, se posera la question de savoir si cette circonstance d'habitude va se communiquer à Y, coauteur, alors qu'il n'a lui-même commis qu'une seule infraction. Et il faudra admettre une réponse négative parce que l'habitude est une circonstance purement personnelle. En revanche, si l'on conçoit cette aggravation de peine comme une sanction particulière de ce cas de concours réel, il n'est alors même pas envisageable de la communiquer au coauteur puisque, par hypothèse, ce dernier ne se trouve pas en état de concours réel d'infractions. La conception retenue n'a donc ici pas d'incidence sur la solution. Toutefois, on peut remarquer qu'elle a une incidence en cas de concomitance¹²⁶².

346. Comparaison avec la circonstance de concomitance. Pour rappel, le Code pénal prévoit parfois des sanctions particulières pour les hypothèses dans lesquelles une même personne accomplit concomitamment plusieurs infractions¹²⁶³, par exemple lorsqu'un meurtre est précédé, accompagné ou suivi d'un autre crime¹²⁶⁴. La jurisprudence considère alors que la circonstance aggravante de concomitance s'étend au coauteur, autrement dit que l'aggravation de peine est supportée par celui qui n'a pas pris part à ce crime, même s'il n'en

¹²⁶¹ *Supra*, n°63.

¹²⁶² La conception a également une influence en ce qui concerne la répression de la complicité : *infra*, n°355.

¹²⁶³ *Supra*, n°64.

¹²⁶⁴ Art. 221-2 al. 1 C. pén.

a pas connaissance¹²⁶⁵. Par exemple, deux personnes (X et Y) commettent conjointement un meurtre, puis, alors que X n'est plus à ses côtés, Y commet immédiatement un nouveau meurtre¹²⁶⁶. Ainsi, bien que n'ayant commis qu'un seul meurtre et n'ayant pas connaissance du second accompli par Y, X encourra la peine aggravée de l'article 221-2 alinéa 2 du Code pénal au lieu de la peine prévue pour le meurtre simple. La jurisprudence considère donc que la concomitance est une circonstance aggravante réelle qui tient à la matérialité des faits accomplis, et pour cette raison doit être étendue à tous les participants.

Toutefois, une solution différente doit s'imposer si l'on admet que la concomitance n'est qu'un cas particulier de concours réel¹²⁶⁷. En effet, dans ce cas, l'aggravation de peine sert, non à qualifier l'infraction principale, mais à sanctionner l'ensemble des infractions en concours. Dès lors, cette aggravation n'est applicable qu'à la personne en état de concours réel, si bien que dans l'exemple, X n'aura pas à supporter une peine aggravée, n'ayant commis qu'une seule infraction. Cette conception, plus satisfaisante, n'a cependant pas les faveurs de la jurisprudence.

Comment alors justifier cette différence de solution instaurée par la Cour de cassation entre la circonstance de concomitance et celle de récidive ou d'habitude ? Il a déjà été précisé que le critère de distinction entre la concomitance et l'habitude est d'ordre temporel¹²⁶⁸. Alors que la concomitance implique en effet que les infractions aient eu lieu de manière simultanée ou quasi simultanée, l'habitude requiert au contraire un certain espacement dans le temps des infractions répétées. Par conséquent, si la concomitance est une circonstance réelle, avec les conséquences que cela implique quant à la communication de l'aggravation de peine au coauteur, c'est parce que seule l'accomplissement d'une seconde infraction dans le même trait de temps que la première constitue une circonstance tenant à la matérialité des faits accomplis. En revanche, cette idée ne vaut pas pour l'habitude car, dès lors qu'elle implique une suspension spatio-temporelle, l'accomplissement de la seconde infraction n'aura aucune incidence sur la réalisation matérielle de la première.

En résumé, la nature juridique de la coaction impose donc d'apprécier les conditions de l'habitude pénale indépendamment chez chaque coauteur. Le coauteur n'a ainsi pas à

¹²⁶⁵ Cass. crim. 23 oct. 1946 : Bull. crim. n°185 ; 16 oct. 1963 : Bull. crim. n°284 ; 12 mars 1968 : Bull. crim. n°83 ; 5 janv. 1973 : Bull. crim. n°8 ; 9 juin 1982 : Bull. crim. n°155 ; 15 nov. 1989 : Bull. crim. n°421.

¹²⁶⁶ Sur la définition de la concomitance, v. *supra*, n°207.

¹²⁶⁷ *Infra*, n°64.

¹²⁶⁸ *Supra*, n°208 et s.

supporter les conséquences d'une habitude qu'il n'aurait pas lui-même commise. Une conclusion différente s'impose en cas de complicité.

B. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la complicité

347. Caractère dépendant de la complicité. Envisager l'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la complicité revient à se demander à quelles conditions le complice d'un délinquant auteur d'une répétition d'actes correspondant à une habitude pénale est responsable. Il faut notamment déterminer s'il doit avoir participé à chacun des actes composant l'habitude ou s'il suffit qu'il ait collaboré à l'un d'entre eux. En d'autres termes, le fait de s'associer à l'un des comportements accomplis suffit-il à s'associer à l'habitude ? Si l'on considère qu'il est nécessaire de s'associer à chacun des actes de l'habitude, cela signifie que l'on nie tout valeur juridique à l'habitude puisque cela revient à envisager la complicité à l'égard de chaque acte pris isolément. A l'inverse, si l'on admet qu'il suffit d'accomplir un seul acte de complicité pour se rendre complice de l'habitude, c'est reconnaître que l'habitude est un ensemble indivisible. De ces deux propositions, la seconde doit prévaloir, car l'habitude n'aurait aucun intérêt si le droit pénal continuait à appréhender les comportements la composant indépendamment les uns des autres. Toutefois, si l'on peut admettre la suffisance d'un seul acte de complicité (1), il apparaît nécessaire de la conditionner (2).

1. La suffisance d'un seul acte de complicité

348. Notion d'acte de complicité. Il suffit, pour se rendre complice d'une habitude, d'avoir accompli un seul acte de complicité, c'est-à-dire de s'être associé à une infraction par un des modes de complicité énumérés par la loi à un seul comportement. Toutefois, cette idée se manifeste différemment selon que le comportement auquel on s'associe est un acte licite comme dans l'infraction d'habitude (a) ou une infraction à part entière, comme dans les autres institutions d'habitude (b).

a) En matière d'infraction d'habitude

349. Evolution jurisprudentielle. L'infraction d'habitude étant, par définition, une infraction, il est logique d'admettre à son égard l'éventualité d'une complicité. Si le principe même d'une telle complicité ne pose pas de problème, ses conditions suscitent en revanche la

discussion. En effet, la jurisprudence a toujours admis la complicité d'une infraction d'habitude mais à des conditions différentes selon les époques. Aujourd'hui, elle considère qu'un seul acte de complicité est suffisant.

350. Admission de la complicité d'une infraction d'habitude. Il est ainsi tout à fait possible de se rendre complice d'une infraction d'habitude, car « l'instantanéité de la phase d'exécution de l'infraction principale que provoque l'habitude n'interdit pas à la complicité de prospérer »¹²⁶⁹. Dans la majorité des cas, il y a plusieurs actes de complicité, ce qui ne pose donc pas de problème. La Cour de cassation est d'ailleurs régulièrement confrontée à des exemples d'actes multiples de complicité d'exercice illégal de la profession d'infirmier¹²⁷⁰, de la profession de banquier¹²⁷¹, de la profession d'agent sportif¹²⁷² ou encore de la profession d'expert-comptable¹²⁷³, même si ces arrêts sont rarement publiés au Bulletin. En revanche, la question est plus délicate lorsqu'il n'y a qu'un acte de complicité, car il faut alors déterminer s'il est nécessaire que le complice ait collaboré à chacun des actes ou non. Avant d'analyser la solution de la jurisprudence, il faut présenter les différentes thèses en présence.

351. En faveur de la nécessité de s'associer à chacun des actes. Alors que l'ancien Code pénal prévoyait que le complice serait puni « comme l'auteur », ce qui impliquait un emprunt de criminalité, le Code pénal actuel considère qu'il sera puni « comme auteur », c'est-à-dire qu'il doit être traité comme s'il était lui-même auteur de l'infraction. La complicité serait donc désormais « une infraction à part entière »¹²⁷⁴, distincte de l'infraction principale¹²⁷⁵, à laquelle elle emprunterait le fait principal punissable¹²⁷⁶. Par conséquent, si la

¹²⁶⁹ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°358.

¹²⁷⁰ Cass. crim. 7 févr. 2006 : Bull. crim. n°33.

¹²⁷¹ Cass. crim. 21 mars 1996 : Bull. crim. n°126 ; 7 mai 1998 : inédit, pourvoi n°97-83327 ; 10 nov. 1999 : inédit, pourvoi n°97-8649 ; 4 oct. 2000 : inédit, pourvoi n°99-86267 ; 5 mars 2003 : deux arrêts inédits, pourvois n°00-83140 et n°02-83768 ; 1^{er} déc. 2004 : inédit, pourvoi n°03-85553 ; 22 sept. 2010 : inédit, pourvoi n°09-85665.

¹²⁷² Cass. crim. 24 janv. 2006 : Bull. crim. n°25, *D.* 2006, p. 2649, obs. J.-P. KARAQUILLO.

¹²⁷³ Cass. crim. 6 sept. 2011 : inédit, pourvoi n°11-80317.

¹²⁷⁴ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°409 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°352.

¹²⁷⁵ J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952, I, 1034.

¹²⁷⁶ La jurisprudence s'est émancipée de l'exigence du fait principal punissable puisque l'élément matériel de l'infraction principale suffit à le caractériser (Cass. crim. 8 janv. 2003 : Bull. crim. n°5 ; *JCP* 2003, II, 10160, note W. JEANDIDIER ; *D.* 2003, p. 2661, note E. GARÇON ; *D.* 2004, p. 310, obs. B. DE LAMY ; v. aussi Cass. crim. 18 mars 2003 (deux arrêts) : Bull. crim. n°69), les intentions étant appréciées individuellement selon chaque participant. De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de cette solution qui se satisfait du seul emprunt de matérialité. Mais des décisions postérieures semblent décider la solution inverse (Cass. crim. 18

loi exige au moins deux actes pour la consommation de l'infraction, la complicité doit également être soumise à cette condition.

Pour certains, le complice qui participe au premier acte sans participer au second devrait ainsi rester impuni parce qu'il n'a pas participé à un fait délictueux, le premier acte n'ayant pas de coloration délictuelle¹²⁷⁷. Effectivement, admettre la complicité à l'égard de celui qui n'a participé qu'au premier acte reviendrait en réalité à faire rétroagir la consommation de l'infraction. En outre, on peut avancer un dernier argument, plus politique que technique, pour refuser la qualification de complicité dans cette hypothèse. Il serait ainsi nécessaire que le complice s'associe à au moins deux actes de l'infraction d'habitude à défaut de quoi il serait traité plus sévèrement que l'auteur principal, lequel n'est punissable que s'il commet deux actes.

352. En faveur de la suffisance d'un seul acte de complicité. Ceux qui considèrent au contraire qu'un seul acte de complicité suffit se fondent généralement sur le principe de criminalité d'emprunt selon lequel le complice n'a pas de criminalité propre mais emprunte sa criminalité au fait principal punissable commis par l'auteur principal. La complicité peut en ce sens être conçue comme un simple mode de participation à l'infraction. Dans ce cas, le complice doit emprunter une infraction commise par autrui : il s'agirait alors d'une « imputation participative » c'est-à-dire d'« un procédé technique qui permet d'imputer une infraction à un individu qui y a contribué, sans pour autant l'avoir commise »¹²⁷⁸. Dans cette conception, la condition d'habitude ne concerne par conséquent que l'auteur principal. La suffisance d'un seul acte de complicité ne vaut en effet que dans un système fondé sur l'emprunt de qualification car, si le complice supporte la qualification applicable au comportement de l'auteur auquel il s'est associé, peu importe qu'il n'ait pas participé à tous les éléments de cette qualification. Par conséquent, au regard du complice, la seule question à se poser est celle de savoir s'il s'est associé au fait principal punissable en connaissance de cause, quel que soit le fait principal punissable (délit simple ou d'habitude), par un mode légal de complicité ; il est indifférent que l'acte de complicité soit un acte isolé¹²⁷⁹. Autrement dit,

juin 2003 : *JCP* 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *D.* 2004, p. 1620, note D. REBUT). Sur ces hésitations jurisprudentielles, v. aussi V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. 2.

¹²⁷⁷ E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, p. 305.

¹²⁷⁸ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, n°178.

¹²⁷⁹ En ce sens M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, op. cit., n°87.

« le complice apporte son concours, en connaissance de cause, à une activité délictueuse ; ce concours peut être unique ; il peut être renouvelé. Peu importe car, à aucun moment, l'article 121-7 ne tient compte, dans la détermination des actes de complicité, de la structure matérielle de l'infraction principale »¹²⁸⁰. Cette solution est une conséquence logique du principe selon lequel la qualification pénale de l'acte de complicité doit être appréciée par référence à la qualification de l'infraction principale¹²⁸¹.

On pourrait également considérer que, à partir du moment où l'on conçoit l'habitude pénale, et donc l'infraction d'habitude, comme un ensemble, il semble logique d'admettre que s'associer à l'un des actes fait automatiquement s'associer à l'infraction d'habitude. Mais il faudrait alors également adapter les exigences relatives à l'élément moral de la complicité et requérir que le complice ait conscience de s'associer à une infraction d'habitude, question étudiée ultérieurement¹²⁸².

353. Solution jurisprudentielle : de revirement en revirement. La première décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation à propos de la complicité d'une infraction d'habitude semble être celle du 28 avril 1842 : la Cour y décidait qu'il fallait, pour être complice, une participation à chacun des actes¹²⁸³. Puis, quelques années plus tard, elle semble opter pour la solution inverse ; elle énonce en effet que « l'habitude nécessaire pour caractériser le délit d'excitation à la débauche n'est pas exigée par l'article 60 pour constituer la complicité et que lorsque le délit est légalement caractérisé à l'égard du proxénète, le séducteur qui a provoqué, même par une seule remise d'argent, l'intervention du tiers, peut et doit être déclaré son complice »¹²⁸⁴. La chambre criminelle finit ensuite par revenir à la solution initiale, à savoir l'exigence d'une participation à chacun des actes en relevant que « si l'habitude de l'excitation de mineurs est nécessaire pour constituer la culpabilité de l'auteur principal, elle n'est pas moins nécessaire pour constituer celle de l'individu prévenu de s'être rendu son complice »¹²⁸⁵.

Finalement, près d'un siècle plus tard, la chambre criminelle jugera qu'il suffit de participer à un seul acte. Le principe a été posé par la chambre criminelle dans un arrêt du 29

¹²⁸⁰ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Chronique de droit pénal général », *D.* 2009, p. 123.

¹²⁸¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, *op. cit.*, n°544.

¹²⁸² *Infra*, n°358.

¹²⁸³ Cass. crim. 28 avr. 1842 : *S.* 1842, 1, p. 504.

¹²⁸⁴ Cass. crim. 10 nov. 1860 : *Bull. crim.* n°231.

¹²⁸⁵ Cass. crim. 20 août 1875 : *S.* 1876, 1, p. 42. Également en ce sens : Cass. crim. 18 nov. 1892 : *Bull. crim.* n°288.

janvier 1965¹²⁸⁶ : on peut être complice d'une infraction d'habitude même si on a participé à un seul acte, et quand bien même serait-il le premier. Pourtant, cet arrêt ne semble pas devoir faire figure de référence dans la mesure où l'infraction concernée (proxénétisme par partage des produits de la prostitution) ne constitue pas une infraction d'habitude¹²⁸⁷. Le véritable arrêt de principe est donc bien plutôt celui du 19 mars 2008, par lequel la chambre criminelle a jugé que « pour être punissable, la complicité d'une infraction d'habitude n'exige pas l'aide ou l'assistance du prévenu à au moins deux actes de l'infraction principale »¹²⁸⁸, venant ainsi corroborer la solution retenue par les juges d'appel¹²⁸⁹. Désormais, la jurisprudence semble fixée : l'habitude ne doit être caractérisée que chez l'auteur.

Malgré cette solution de principe, la Cour d'appel de Versailles a jugé dans un arrêt du 7 mai 2010 que « le délit de complicité ne peut exister à l'égard d'une infraction principale d'habitude », et qu' « en cas de délit d'habitude, la loi ne réprimant pas un fait unique, le complice qui a favorisé la réalisation d'un seul fait, n'est pas punissable ; cela est d'autant plus vrai que l'article 121-6 du Code pénal dispose que sera puni comme auteur le complice de l'infraction au sens de l'article 121-7 ; que, dès lors, le complice doit être traité comme l'auteur et la condition d'habitude prévue par les auteurs de l'infraction doit être démontrée ». Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation le 23 mars 2011¹²⁹⁰ mais seulement pour contradiction de motifs, sans rappeler le principe de la suffisance d'un seul acte de complicité. Ce dernier arrêt n'est certes pas publié au Bulletin, mais il n'en aurait pas moins été utile de rappeler le principe.

Le principe affirmé par la jurisprudence en matière d'infraction d'habitude est donc clair : la participation du complice à un seul acte est suffisante. Cette solution semble logique dans la mesure où elle met en évidence l'influence de l'unité juridique de l'habitude. Il suffit

¹²⁸⁶ Cass. crim. 29 janv. 1965 : « il est sans intérêt de rechercher si les éléments constitutifs du délit se trouvent réunis en la personne du demandeur [le complice] ; en effet, la disposition absolue de l'article 59 du Code pénal, qui veut que le complice soit punissable des mêmes peines que l'auteur principal, entraîne cette conséquence que le complice encourt la responsabilité du fait principal punissable commis par l'auteur principal » : *D.* 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU ; *RSC* 1965, p. 655, obs. L. HUGUENEY ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, op. cit.*, n°87. V. aussi, quelques années avant : Cass. crim. 14 févr. 1961 : *JCP G* 1961, IV, 46.

¹²⁸⁷ *Supra*, note de bas de page n°248.

¹²⁸⁸ Cass. crim. 19 mars 2008 : *Dr. pén.* 2008, comm. 79 obs. M. VERON ; *Dr. pén.* 2008, comm. 89, note J.-H. ROBERT (commentaire également publié au *JCP E* 2008, p. 1990) ; *D.* 2008, p. 1665, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RPDP* 2008, p. 615, note A. LEPAGE ; *JCP E* 2008, n°48, p. 10, obs. P. COUDERT ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2008, n°281, p. 9, note G. HUCHET.

¹²⁸⁹ « Sur l'élément légal de l'infraction, les premiers juges ont justement rappelé que le complice emprunte sa criminalité au fait principal punissable, ce qui a pour conséquence que l'habitude, nécessaire pour caractériser le délit d'exercice de la profession de banquier, n'est pas exigée pour constituer la complicité de ce délit ».

¹²⁹⁰ Cass. crim. 23 mars 2011 : inédit, pourvoi n°10-84314.

ainsi de participer à l'un des éléments de l'ensemble pour être considéré comme ayant participé à l'ensemble indivisible. Reste à voir si cette solution prévaut également en ce qui concerne les habitudes formées de plusieurs infractions.

b) En matière d'habitude formée de plusieurs infractions

354. Concours réel et réitération. Evidemment, si le complice s'associe à chacune des infractions composant l'habitude, il sera responsable pénalement, mais la difficulté n'est pas vraiment là. Il faut en revanche répondre à la question de savoir si le complice qui n'a participé qu'à une seule infraction est considéré comme étant complice de l'habitude prise dans sa globalité. Lorsque les habitudes sont formées de plusieurs infractions, il va de soi que le complice qui s'est associé à l'une d'entre elles ne pourra pas, théoriquement, se voir reprocher une autre infraction pour laquelle il n'est pas intervenu.

355. Récidive. Toutefois, il est possible qu'indirectement, le complice se voie reprocher une habitude alors qu'il ne s'est associé qu'à une seule infraction¹²⁹¹. Ainsi, il est possible que le complice supporte l'aggravation de peine résultant de la récidive ou de l'habitude de l'auteur principal. Plus précisément, le complice risque d'encourir la peine aggravée de la récidive alors qu'il n'est pas lui-même récidiviste. Cependant, en disposant que le complice sera puni « comme auteur » et non plus « comme l'auteur », l'article 121-6 du Code pénal remet en cause non la criminalité d'emprunt mais la pénalité d'emprunt¹²⁹². Ainsi selon une interprétation littérale, le complice emprunterait toujours la qualification de l'infraction à l'auteur mais plus la peine : les particularités propres à la personne du complice n'influeraient donc que sur la peine et non sur la qualification de l'infraction. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère traditionnellement que la récidive est une

¹²⁹¹ Evidemment, le complice qui s'est associé à plusieurs infractions encourt l'aggravation de peine. D'ailleurs il est intéressant de noter que sous l'empire de l'ancien Code pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé que, « selon les dispositions de l'article 58 alinéa 3 du Code pénal, les délits de vol et d'escroquerie sont considérés comme étant, au point de vue de la récidive, un même délit ; il en est de même de la complicité de ces délits, la complicité n'étant qu'un des modes de participation à l'infraction » (Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°306).

¹²⁹² B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n°360 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°424 ; S. FOURNIER, « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », préc., n°14 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°541, 542 et 545.

circonstance personnelle et en déduit que le complice de celui qui agit en état de récidive n'encourt pas la peine qui en résulte¹²⁹³, sauf s'il est lui-même récidiviste¹²⁹⁴.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation de 2005 a pu affirmer que « sont applicables au complice les circonstances aggravantes tenant à la qualité de l'auteur »¹²⁹⁵. Ainsi, elle admet que la circonstance aggravante tenant à la qualité de l'auteur de l'infraction, en l'occurrence la qualité de dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public, puisse être encourue par le complice alors qu'il n'a pas lui-même cette qualité. Cette qualité est souvent considérée comme étant une circonstance aggravante mixte¹²⁹⁶. Or, la doctrine est partagée sur les effets des circonstances mixtes. Certains considèrent qu'elles ont le même régime juridique que les circonstances personnelles¹²⁹⁷ ; d'autres admettent que le régime des circonstances réelles s'appliquerait si une circonstance mixte était présente chez l'auteur principal (entraînant donc communication au complice) tandis que le régime des circonstances personnelles s'appliquerait si cette circonstance était présente chez le complice¹²⁹⁸ (la réciproque n'étant donc pas vraie, il n'y a pas de communication du complice à l'auteur). Dans l'arrêt du 7 septembre 2005, la Cour de cassation prend clairement le parti de la communication de la circonstance aggravante au complice et applique donc finalement l'emprunt de criminalité. Or, le caractère général de l'affirmation de la Cour, qui fait référence à la « qualité », peut laisser à penser que le principe formulé pourrait s'appliquer à la récidive. La circonstance aggravante résultant de la récidive (ou de l'habitude) serait systématiquement applicable au complice non récidiviste, peu importe qu'il ait ou non conscience d'aider un récidiviste. Or, ce raisonnement purement objectif semble aller à l'encontre de la règle selon laquelle la complicité est intentionnelle, raison pour laquelle il semble opportun de limiter la transmission de la circonstance aggravante au complice qui a conscience de s'associer à un récidiviste¹²⁹⁹.

¹²⁹³ Cass. crim. 3 juill. 1806 : Bull. crim. n°107.

¹²⁹⁴ Cass. crim. 25 févr. 1819 : Bull. crim. n°30.

¹²⁹⁵ Cass. crim. 7 sept. 2005 : D. 2006, p. 835, note E. DREYER.

¹²⁹⁶ Sur la présentation de la distinction entre circonstances aggravantes personnelles, réelles et mixtes, v. *supra*, n°345.

¹²⁹⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°562 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - Droit pénal général*, *op. cit.*, n°546.

¹²⁹⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°425 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°456 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 360.

¹²⁹⁹ Egalement en ce sens : E. DREYER, selon lequel « aider un récidiviste à commettre une infraction, ce n'est pas la même chose qu'aider un délinquant primaire. Dès lors que le passé pénal de l'auteur principal est connu du complice, on devrait pouvoir le punir comme s'il avait lui-même été dans cette situation » (« Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ? », art. préc., n°8).

356. Comparaison avec la concomitance. En outre, la Cour de cassation juge à propos des circonstances réelles que le complice encourt l'aggravation de peine attachée à toutes les circonstances qui qualifient l'acte poursuivi, sans qu'il soit nécessaire que celles-ci aient été connues de lui¹³⁰⁰. La concomitance¹³⁰¹, circonstance aggravante réelle¹³⁰², se communique donc au complice¹³⁰³. Même si cette solution ne devrait pas s'appliquer à la récidive, il semble possible d'admettre que le complice doive supporter l'aggravation résultant de la récidive s'il ne s'est associé qu'à une seule infraction¹³⁰⁴ : dans les deux cas, la complicité doit cependant être encadrée.

2. Les conditions de la complicité

357. Prise en compte du moment de l'acte de complicité et de la conscience de s'associer à une habitude. Il peut sembler choquant de sanctionner le complice qui s'est associé à un seul acte lorsqu'il s'agit du premier acte et, par conséquent, que l'habitude n'est pas encore formée, ou encore qui s'est associé au second alors qu'il n'avait pas connaissance de la pluralité de comportements. En effet, si la suffisance d'un seul acte se comprend au regard de l'influence de l'unité juridique de l'habitude pénale, c'est à condition d'exiger que le complice ait conscience de la répétition de l'acte¹³⁰⁵ car la complicité est intentionnelle¹³⁰⁶ et la jurisprudence rappelle que, pour être punissable, l'aide ou l'assistance du complice, devait être prêtée « en connaissance de cause »¹³⁰⁷. Reste à voir comment mettre en œuvre ces

¹³⁰⁰ Cass. crim. 26 déc. 1812 : S. 1813, 1, p. 197 ; Cass. crim. 23 mai 1879 : S. 1881, 1, p. 41 ; 31 déc. 1947 : JCP 1948, IV, 29 ; 10 févr. 1949 : RSC 1949, p. 336 ; 19 juin 1984 : Bull. crim. n°231 ; Cass. crim. 21 mai 1996 : Dr. pén. 1996, comm. 213, obs. M. VERON.

¹³⁰¹ Sur cette notion v. *supra*, n°207.

¹³⁰² Selon C. DE JACOBET DE NOMBEL, il s'agirait plutôt d'une circonstance aggravante mixte, qui ne se communique au complice que si l'élément subjectif est caractérisé chez lui (*Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°600).

¹³⁰³ Cass. crim. 2 avr. 1925 : S. 1926, 1, p. 288 ; 19 juin 1984 : Bull. crim. n°231 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°60 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. II, op. cit., art. 304, n°70 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, op. cit., n°1719.

¹³⁰⁴ Par extension, cette idée devrait s'appliquer également à l'habitude circonstance aggravante lorsqu'on admet l'existence juridique de ce type de circonstance aggravante.

¹³⁰⁵ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n°196.

¹³⁰⁶ R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, op. cit., n°487 ; B. BOULOC, *Droit pénal général* op. cit., n°356 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°420 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n°546 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°386 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°558 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n°448 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n°361 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 348.

¹³⁰⁷ Cass. crim. 9 oct. 1941 : DA 1941, jurisp. p. 374 ; 19 mars 1986 : Bull. crim. n°112 ; 6 déc. 1989 : Dr. pén. 1990, comm. 17 ; 28 juin 1995 : Bull. crim. n°241. La chambre criminelle de la Cour de cassation impose depuis bien longtemps aux juges du fond de constater l'intention délictueuse propre au complice, c'est-à-dire sa

différentes conditions pour l'infraction d'habitude (a) et les habitudes formées de plusieurs infractions (b).

a) En matière d'infraction d'habitude

358. La nécessaire distinction du moment de la participation. Il ne serait ni juste ni légal de condamner le complice s'il n'a pas eu connaissance du caractère habituel de l'activité principale à laquelle il s'est occasionnellement associé¹³⁰⁸. Il faut donc exiger une conscience de la répétition, ce qui implique de déterminer l'instant précis de l'acte de complicité et distinguer selon qu'il intervient avant le premier acte ou entre le premier et le deuxième¹³⁰⁹.

D'abord, si la participation du complice n'a conduit l'auteur qu'à un acte occasionnel non punissable, ni l'infraction d'habitude¹³¹⁰ ni même sa tentative¹³¹¹ ne sont constituées. Par conséquent, en l'absence de fait principal punissable, la complicité ne peut pas être concevable¹³¹², même si la participation du complice est, elle, habituelle. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt 10 novembre 1860. En l'espèce, les parents d'une jeune fille avaient, moyennant un marché unique intervenu entre eux et un tiers, livré leur fille mineure à ce tiers. Ils étaient alors poursuivis pour excitation habituelle de mineurs à la débauche, et le séducteur pour complicité de cette infraction d'habitude. Les parents n'ayant commis qu'un seul acte (le « marché unique »), l'infraction d'habitude n'était pas consommée. Dès lors, la Cour de cassation a considéré que, même si le séducteur avait poursuivi les relations avec la mineure et ainsi accompli plusieurs actes de complicité, la complicité ne pouvait pas être caractérisée à son encontre, du fait de l'absence de fait principal punissable¹³¹³. Cette solution paraît tout à fait logique.

connaissance du caractère infractionnel de l'action principale et sa volonté d'y participer (Cass. crim. 1^{er} déc. 1944, *Paemelabre* ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n°35.

¹³⁰⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°544.

¹³⁰⁹ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, op. cit., n°361.

¹³¹⁰ *Supra*, n°105.

¹³¹¹ *Supra*, n°296 et s.

¹³¹² Cass. crim. 15 déc. 1949 : S. 1950, 1, p. 179.

¹³¹³ Cass. crim. 10 nov. 1860 : Bull. crim. n°231 : « L'arrêt qui constate qu'un père et une mère, moyennant un marché unique intervenu entre eux et un tiers, ont livré leur fille mineure à ce tiers dans l'intérêt de la propre passion de ce dernier, ne constate pas suffisamment l'excitation habituelle à la débauche qui est un élément nécessaire de l'article 334 du Code pénal ; on ne peut faire régir les relations suivies et habituelles qui ont existé ultérieurement entre la fille mineure et le séducteur, car ces relations ultérieures n'établissent pas à la charge des père et mère la persistance et la continuation du consentement par eux déjà donné et qui seuls peuvent constituer l'habitude de l'excitation ; le séducteur, dès lors, ne peut être condamné comme complice dans de telles circonstances ».

En revanche, si le premier acte de l'auteur principal est suivi d'un deuxième, l'infraction d'habitude est consommée et, en constituant un fait principal punissable, elle rend la complicité concevable, comme l'admet la jurisprudence¹³¹⁴. Il faut toutefois distinguer trois hypothèses. Premièrement, si le complice s'associe seulement au premier acte de l'infraction d'habitude, il agit donc à un moment où l'infraction n'est pas encore consommée, si bien qu'il n'y a pas de fait principal punissable¹³¹⁵ et celui qui accomplit les actes de complicité ne peut pas avoir conscience de s'associer à une habitude. Par conséquent, il faudrait admettre que le complice ne sera pas, dans ce cas, punissable. Toutefois, il est envisageable que l'auteur du premier acte ait informé son complice de son intention de réitérer son comportement. Dans ce cas, le complice aura alors conscience de s'associer à une infraction d'habitude. Toutefois, en l'absence de fait principal punissable, le complice ne devrait pas être responsable pénalement car, malgré l'état d'esprit du complice, le premier acte accompli par l'auteur est dépourvu de coloration pénale. Deuxièmement, si le complice participe uniquement à la réalisation du deuxième acte de l'infraction d'habitude, cette dernière étant consommée, le complice pourra être responsable pénalement¹³¹⁶ sous réserve de prouver qu'il avait conscience de s'associer à une infraction d'habitude. Enfin, troisièmement, si la participation du complice a lieu après le deuxième acte, l'on pourrait penser qu'il ne peut être responsable du fait du défaut d'antériorité ou de concomitance de la complicité. Mais ce raisonnement ne vaut que si l'on conçoit l'infraction d'habitude comme étant composée uniquement de deux actes. Si l'on admet en revanche qu'elle puisse en comporter davantage, ce qui est la solution la plus logique¹³¹⁷, tous les actes postérieurs au deuxième acte accompli sont également des éléments constitutifs de l'infraction d'habitude, de sorte que le fait de s'associer à l'un d'entre eux constitue bien un acte antérieur ou concomitant à la réalisation de l'infraction. Par conséquent, le complice pourra être responsable pénalement dès lors qu'il avait conscience de s'associer à une infraction d'habitude.

359. Conclusion. En résumé, on voit bien que l'articulation entre infraction d'habitude et complicité est très délicate. L'unité juridique de l'habitude permet d'admettre la complicité

¹³¹⁴ Cass. crim. 2 juill. 1885 : Bull. crim. n°196.

¹³¹⁵ La complicité d'une tentative d'infraction d'habitude n'étant pas envisageable dans la mesure où il est impossible de tenter de commettre une infraction d'habitude : *supra*, n°296 et s.

¹³¹⁶ *Contra* : L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°361, selon lequel sa responsabilité ne pourra pas être engagée car le second acte pris isolément n'étant pas punissable, il manque le fait principal punissable.

¹³¹⁷ *Supra*, n°123 et s.

d'une infraction d'habitude alors que le complice ne s'est associé qu'à un seul des actes. Le fait de s'associer à l'un d'entre eux revient à s'associer à l'ensemble indivisible que forme l'infraction d'habitude. Toutefois, il est apparu opportun d'instaurer une double limite à l'admission de cette complicité. D'abord, objectivement, il semble indispensable de limiter cette complicité aux actes accomplis après le premier acte de l'auteur principal. Ensuite, subjectivement, la répression d'un unique acte de complicité doit être subordonnée à la conscience du complice de s'associer à une infraction d'habitude. Ainsi, il suffit, pour se rendre complice d'une habitude pénale, de s'associer à un seul des comportements qui la constitue, à condition de respecter l'exigence d'un fait principal punissable et celle du caractère intentionnel de la complicité. Ce raisonnement vaut donc également pour les habitudes formées de plusieurs infractions.

b) En matière d'habitudes formées de plusieurs infractions

360. Participation à la seconde infraction. A la différence de l'infraction d'habitude, la récidive, la réitération, et le concours réel sont composés de plusieurs infractions, donc de comportements punissables indépendamment les uns des autres. Par conséquent, ne se pose pas le problème de l'absence de coloration pénale de l'un des actes.

Il est ici possible d'admettre la complicité d'une habitude, à condition d'avoir conscience de s'y associer. Par conséquent, pour avoir conscience du fait que l'auteur principal va commettre une habitude, l'acte de complicité punissable ne peut concerner que la seconde infraction. Ainsi par exemple, le complice doit pouvoir supporter l'aggravation résultant de l'état de récidive à condition d'avoir connaissance de la commission antérieure d'une infraction et du potentiel état de récidive. La logique est la même pour les autres institutions.

361. Conclusion sur la complicité. La pluralité de comportements a des conséquences sur la répression de l'habitude puisque, dans la plupart des cas, le complice ne sera associé qu'à un d'entre eux. Cependant, l'unité juridique de l'habitude a pour effet d'admettre que, bien qu'il n'ait commis qu'un seul acte de complicité, le complice devra supporter toutes les conséquences juridiques de l'habitude. Toutefois, en raison de la gravité de ces conséquences, notamment en matière de récidive, il a semblé nécessaire d'encadrer cette responsabilité. Par conséquent, le complice d'un comportement sera complice de l'ensemble à condition d'avoir

eu conscience de s'associer à une habitude, ce qui implique que l'acte de complicité ne porte pas sur le premier comportement.

Cette logique où le participant à une infraction doit supporter les conséquences pénales de l'ensemble des infractions alors qu'il ne s'est pas associé à tous les actes se retrouve également dans un autre cas : celui de la participation à une infraction dépendante.

C. La participation à une infraction dépendante

362. Nature de l'infraction. L'unité juridique de l'habitude pénale va se répercuter sur la sanction de délinquants n'ayant pas participé à la réalisation de l'habitude lorsque la loi crée des liens de dépendance entre plusieurs infractions et que l'une d'entre elles fait partie de l'habitude. C'est le cas des infractions de recel, blanchiment et traite des êtres humains. Ces infractions ont pour point commun d'être des infractions dépendantes, au sens où les deux premières sont des infractions de conséquences qui requièrent la préexistence d'une infraction d'origine tandis que la dernière tend à la réalisation d'une autre infraction.

Ces infractions sont dotées de circonstances aggravantes propres, mais surtout, le législateur prévoit que dans certaines hypothèses, l'infraction est punie « des peines attachées aux crimes ou aux délits dont son auteur a eu connaissance et, si ce crime ou délit est accompagné de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances aggravantes dont il a eu connaissance »¹³¹⁸. Le texte subordonne donc la communication des circonstances aggravantes attachées à l'infraction d'origine ou projetée à la connaissance de cette infraction ; en revanche, il n'est fait aucune distinction quant au domaine des circonstances aggravantes concernées, ce qui laisse à penser qu'elles entrent toutes dans le champ d'application de ces dispositions, même s'il s'agit de circonstances personnelles. Cela a donc d'importantes conséquences en matière d'habitude.

Si l'infraction d'origine ou projetée a été commise par l'auteur principal en état de récidive, alors l'auteur du recel, du blanchiment ou de la traite des être humains encourra la peine aggravée applicable au récidiviste, s'il a eu connaissance de cet état de récidive¹³¹⁹. Il en va de même pour la circonstance aggravante d'habitude si l'on admet son existence¹³²⁰. Mais

¹³¹⁸ Art. 321-4 C. pén. pour le recel, art. 324-4 pour le blanchiment et art. 225-4-5 pour la traite des êtres humains.

¹³¹⁹ V. également en ce sens C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°616.

¹³²⁰ Sur la question de savoir s'il s'agit d'une circonstance aggravante *stricto sensu*, v. *supra*, n°62 et s.

certain auteurs estiment, à propos du recel, que le receleur ne devrait pas supporter les circonstances aggravantes personnelles (comme l'habitude et la récidive), même s'il en a connaissance¹³²¹. Si une telle solution peut en effet être critiquée au sens où la raison de l'aggravation de la peine ne se retrouve pas chez le receleur, blanchisseur, etc, il a toutefois été remarqué que l'aggravation de peine encourue par ces derniers peut sembler justifiée en ce qu'elle repose sur la « culpabilité accrue dont font preuve ceux qui n'hésitent pas à s'associer à [...] la personnalité plus sombre de l'auteur »¹³²². Si une telle « communication » des circonstances aggravantes tenant à la récidive ou l'habitude peut donc se concevoir pour des raisons politiques, il est étrange que, dans les mêmes circonstances, le complice y échappe.

363. Comparaison avec la complicité. En effet, ces infractions dépendantes instaurent un mécanisme assez particulier où le délinquant qui ne commet pas l'une d'entre elles mais l'infraction dont elles sont dépendantes (infraction d'origine ou infraction projetée) va être sanctionné par les peines applicables à ces infractions de recel, blanchiment ou traite des êtres humains. Ainsi, lorsque l'auteur de l'infraction d'origine est récidiviste, l'auteur de l'infraction dépendante va devoir supporter les conséquences de cette habitude alors qu'il ne l'a pas lui-même commise. Si, comme dans la complicité, l'auteur de l'infraction dépendante doit avoir conscience du caractère habituel attaché à l'infraction principale, il n'est en revanche pas nécessaire qu'il se soit associé matériellement à cette infraction. Par conséquent, il va devoir supporter une aggravation de peine alors que matériellement, rien ne le relie directement à cette infraction principale, si ce n'est le fait qu'il s'agisse d'une infraction dépendante.

Au-delà de son caractère particulièrement sévère, cette solution est contestable en ce qu'elle fait de la simple connaissance d'une circonstance aggravante supportée par l'auteur de l'infraction d'origine ou projetée une condition suffisante pour communiquer cette circonstance. Or, si l'on peut admettre que celui qui commet, en connaissance de cause, une infraction dépendante d'une infraction commise par un récidiviste mérite d'être sanctionné plus sévèrement, il semble nécessaire de subordonner cette aggravation à l'accomplissement d'un acte matériel en relation directe avec la récidive considérée.

¹³²¹ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°506.

¹³²² C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°616.

364. Conclusion sur les modalités de participation à l'habitude. L'unité juridique de l'habitude a donc une influence sur les modalités de participation à l'habitude. En effet, il est souvent des cas dans lesquels le fait de participer à seulement un acte constitutif de l'habitude va faire supporter les conséquences de l'habitude. Le droit pénal ne fait alors plus prévaloir la pluralité matérielle de comportements, mais l'unité juridique de l'habitude, ce que confirme l'étude des règles de localisation de l'habitude.

§ 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur sa localisation

365. Où et quand ? Pour pouvoir sanctionner l'auteur d'une habitude, encore faut-il que la loi française lui soit applicable, d'où la nécessité de localiser l'habitude dans l'espace. Or, on pourrait penser que la pluralité de comportements composant l'habitude va nécessairement perturber une telle localisation car s'il est facile de localiser une infraction ou un élément constitutif, il est plus délicat de localiser une entité qui comprend plusieurs comportements. Toutefois, en raison de l'unité juridique de l'habitude, même si les comportements sont matériellement localisés à des moments ou des lieux différents, ils seront juridiquement rattachés en un seul moment ou un seul lieu. Reste alors à trouver le critère de localisation de l'habitude. Par conséquent, l'unité juridique de l'habitude permet de la localiser en un seul moment et un seul lieu, ce qui prouve l'autonomie des règles de localisation dans le temps (§ 1) et dans l'espace¹³²³ (§ 2) en la matière.

A. La localisation de l'habitude dans le temps

366. Intérêts de la localisation dans le temps. Il est important de localiser l'habitude dans le temps, de déterminer la date à laquelle elle est consommée, car si elle se situe après un changement de législation, elle relève de la loi nouvelle, même plus sévère. Il n'y a donc pas

¹³²³ Alors que l'application de la loi pénale dans le temps a toujours relevé du droit pénal général, l'application de la loi dans l'espace a longtemps été rattachée à la procédure pénale, car elle aurait été pensée à travers la compétence des juridictions répressives françaises (E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1601). Le principe a été renversé lors de l'adoption du nouveau Code pénal : c'est désormais la compétence législative qui entraîne la compétence juridictionnelle dans la majorité des cas. C'est bien pour cela que les dispositions qui y sont relatives sont situées dans le Code pénal et plus dans le Code de procédure pénale. Par conséquent, les règles d'application de la loi dans l'espace sont étudiées en tant que conditions de fond.

Le principe de solidarité des compétences législatives et judiciaires doit être bien compris. C'est parce que la loi française est applicable que le juge pénal français est compétent et non pas l'inverse. (En ce sens : J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°87).

de difficulté particulière lorsque tous les actes ou toutes les infractions ont été commis après l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi nouvelle : en revanche, la question est plus délicate lorsque les uns ont été commis avant et les autres après.

367. Localisation globale de l'habitude dans le temps. Faut-il appliquer la loi à chacun des comportements séparément ou bien faut-il soumettre l'ensemble des comportements à une même loi ? Evidemment, l'habitude ne présente d'intérêt que si elle est dotée d'un régime autonome, ce qui implique que les comportements ne soient plus traités séparément mais ensemble. Lorsqu'ils sont soumis à des lois différentes, il va donc falloir déterminer laquelle prévaut sur l'autre. Localiser l'habitude en des moments différents reviendrait à nier toute valeur juridique à celle-ci car, si elle est unitaire, elle doit pouvoir être localisée en un seul moment. Lorsque l'habitude n'est composée que de deux comportements, la question semble facile à résoudre car il semble logique de retenir la loi applicable au moment où l'habitude a été constituée, c'est-à-dire au moment de la commission du second acte. En revanche, lorsque l'habitude est composée de plus de deux comportements¹³²⁴, il est difficile de savoir si l'on peut prendre en compte également la loi en vigueur au moment de l'accomplissement d'un des actes qui n'était pas *nécessaire* à l'existence de l'habitude mais qui la compose tout de même. La question est donc de savoir quel rôle attribuer aux comportements supplémentaires¹³²⁵. Autrement dit, doit-on appliquer la loi en vigueur au moment de la consommation juridique de l'habitude, c'est-à-dire au deuxième acte, ou bien au moment où l'habitude prend fin, c'est-à-dire au dernier acte ? La réponse sera évidemment dictée par des considérations d'ordre politique¹³²⁶ selon que l'on choisit la clémence ou la rigueur.

368. Application de la loi en vigueur au moment du dernier comportement. Deux conceptions sont possibles. Premièrement, on peut considérer que l'habitude doit se localiser à partir du dernier de ses éléments constitutifs. Il suffit alors que le dernier comportement s'accomplisse après le changement de législation pour que l'infraction se situe sous la loi nouvelle et que tous les éléments de l'habitude relèvent de cette loi, y compris ceux qui se sont réalisés sous la loi ancienne. Deuxièmement, à l'inverse, il est possible d'admettre que

¹³²⁴ *Supra*, n°122 et s.

¹³²⁵ Sur cette notion, v. *supra*, n°122 et s.

¹³²⁶ V. sur ce point l'utilisation de la condition de répétition pour la pénalisation ou la dépenalisation en matière d'infraction d'habitude : *infra*, n°427.

tous les éléments de l'habitude concourent à sa localisation et qu'il est alors nécessaire que l'ensemble des comportements se soit réalisé sous l'empire d'une même loi pour que celle-ci soit applicable. Si certains comportements se situent sous la loi ancienne et d'autres sous la loi nouvelle, il faudrait ainsi appliquer la loi la plus douce.

La doctrine opte généralement pour la première conception, considérant qu'il suffit qu'une partie de l'infraction se soit déroulée sous l'empire de la loi nouvelle pour que celle-ci la régitte entièrement et ce, même si elle est plus sévère¹³²⁷. Cette solution, en apparence critiquable en ce qu'elle porterait atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale, n'en est pas moins logique au regard de l'unité juridique de l'ensemble formé par l'habitude pénale. Ainsi, puisque l'habitude est une entité juridique unitaire, il faut la localiser au moment du dernier acte accompli. En effet, la loi nouvelle plus sévère va pouvoir s'emparer de situations déjà réalisées, rétroagir sur des comportements déjà accomplis pour les soumettre au régime de l'ensemble. Cette solution semble se vérifier en droit positif. On pourrait penser que la solution ne vaut qu'en l'absence de condamnation (1) mais ce n'est pas le cas (2).

1. En l'absence de condamnation

369. Distinction selon la licéité des comportements. Pour les raisons évoquées, l'habitude doit se localiser au moment du dernier comportement qui la compose, que celui-ci soit en lui-même punissable (a) ou non (b).

a) Habitude composée de comportements non punissables

370. Intérêts de la localisation de l'infraction d'habitude. La localisation dans le temps de l'infraction d'habitude est indispensable pour déterminer les modalités de sa répression. Ainsi, dans l'hypothèse où l'acte accompli par une personne a été commis la première fois avant la promulgation de la loi qui crée une infraction d'habitude alors que le comportement n'était pas incriminé avant, faut-il admettre qu'elle se rend coupable de l'infraction d'habitude si elle répète l'acte sous l'empire de cette nouvelle loi ? Par exemple, l'infraction de consultation habituelle d'un service de communication en ligne mettant à

¹³²⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°327 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 148 ; L. ROZES, « L'infraction consommée », *RSC* 1975, p. 603, n°3 ; A. VITU, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, Thèse Nancy, 1945, n°82.

disposition l'image d'un mineur à caractère pornographique¹³²⁸ a été créée en 2007¹³²⁹, et la consultation occasionnelle n'était pas incriminée auparavant¹³³⁰. Si X a consulté une fois un tel service avant l'entrée en vigueur de la loi, puis une fois après, peut-on considérer qu'il commet l'infraction d'habitude ? La réponse à cette question sera différente selon la conception que l'on se fait de ce conflit de lois dans le temps. Tandis que, pour appliquer la loi nouvelle à l'infraction d'habitude, la première conception se contente d'un seul acte accompli sous son empire, la seconde exige qu'au moins deux actes aient été accomplis sous son empire, à défaut de quoi la loi la plus douce devrait s'appliquer.

371. Suffisance d'un seul acte accompli sous l'empire de la loi nouvelle. Par principe, la loi applicable à l'infraction est celle qui est en vigueur au jour et au lieu de sa survenance, quelle que soit sa structure matérielle¹³³¹. Selon cette conception, le critère applicable est donc celui de la *consommation* de l'infraction : la loi pénale applicable est celle qui est en vigueur au moment où l'auteur accomplit le deuxième acte, peu importe que le premier acte ait été accompli sous l'empire d'une loi antérieure. Les partisans de cette solution soutiennent qu'il est indifférent que les actes qui précèdent le dernier soient accomplis avant ou après la loi nouvelle¹³³² car le premier acte colore le second, qui appelle la sanction parce qu'il réalise l'habitude punissable. Pour certains auteurs, il suffit donc, pour que la loi nouvelle s'applique, que le dernier *acte constitutif* de l'habitude soit commis postérieurement à son entrée en vigueur¹³³³. Ils ne précisent toutefois pas ce qu'il faut entendre par « acte constitutif ». L'expression mérite pourtant d'être mieux définie. Elle peut en effet désigner tout aussi bien le deuxième acte, en ce que c'est lui qui consomme l'infraction, que tout acte postérieur au premier, qu'il s'agisse du deuxième, troisième, etc, dans la mesure où tous les actes font juridiquement partie de la même infraction¹³³⁴, et en sont donc des actes

¹³²⁸ Art. 227-23 al. 5 C. pén.

¹³²⁹ Loi n°2007-293 du 5 mars 2007.

¹³³⁰ *Supra*, note de bas de page n°96.

¹³³¹ H. BATIFFOL, « Conflits de lois dans l'espace et conflits de loi dans le temps », in *Etudes offertes à Georges Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, LGDJ 1950, t. 1, p. 292.

¹³³² A. GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, Thèse, Paris, 1915, n°140 ; A. VITU, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, *op. cit.*, p. 94 et s.

¹³³³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°236 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, *op. cit.*, n°265 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, *op. cit.*, n°9, p. 118. Comp. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°621, selon lequel l'infraction d'habitude est une infraction à exécution successive qui se consomme instantanément au jour du dernier acte constitutif de l'habitude, c'est donc à cet instant que le juge doit se placer pour vérifier si une loi nouvelle est applicable à l'infraction, peu importe que la mauvaise habitude ait été prise avant.

¹³³⁴ *Supra*, n°123 et s.

constitutifs. Or, si l'expression désigne tout acte postérieur au premier, l'infraction, consommée sous l'empire d'une loi ancienne puisque deux actes au moins ont été accomplis sous l'empire de cette loi, pourrait malgré tout être soumise à une loi nouvelle si un acte postérieur, non exigé pour la consommation de l'infraction mais juridiquement rattaché à elle, intervenait sous l'empire de cette loi nouvelle. Une telle solution semble cependant inacceptable parce qu'elle reviendrait à faire rétroagir la loi. C'est la raison pour laquelle les auteurs admettent que l'infraction d'habitude ne doit tomber sous le coup de la loi nouvelle que si cette dernière est promulguée, soit antérieurement au premier acte, soit postérieurement au premier mais antérieurement au second¹³³⁵, autrement dit avant la consommation de l'infraction.

Une telle conception apparaît logique au regard de l'unité juridique de l'habitude. En effet, si l'habitude est envisagée comme un tout indivisible, il suffira, pour la localiser, de se référer au dernier acte accompli. Cette conception ne fait toutefois pas l'unanimité.

372. Nécessité d'accomplir au moins deux actes sous l'empire de la loi nouvelle.

Certains auteurs estiment en effet qu'au moins deux actes constitutifs de l'infraction d'habitude doivent être accomplis sous l'empire de la loi nouvelle¹³³⁶ car l'infraction d'habitude ne peut pas être réalisée par le seul acte commis après l'entrée en vigueur de cette loi. Pour que la loi nouvelle s'applique, l'infraction doit y avoir été consommée, ce qui implique la réalisation de deux actes au moins. Il n'est alors pas gênant que les actes réalisés sous l'empire de la loi ancienne soient également réprimés selon la loi nouvelle.

373. Jurisprudence : application de la thèse répressive. La chambre criminelle de la Cour de cassation a choisi la thèse répressive selon laquelle il suffit, pour localiser l'infraction d'habitude sous la loi nouvelle, que l'un de ses éléments constitutifs ait été accompli après son entrée en vigueur¹³³⁷. Ainsi, une loi pénale plus sévère s'applique à l'infraction d'habitude dès lors que le deuxième acte est postérieur à son entrée en vigueur. Cette solution contestée par certains¹³³⁸ mais approuvée par d'autres¹³³⁹, semble toujours d'actualité. En effet, s'est

¹³³⁵ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, op. cit., n°622.

¹³³⁶ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 913 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2008, n°91, p. 472.

¹³³⁷ En matière d'usure habituelle : Cass. crim. 23 déc. 1853 : Bull. crim. n°596 ; S. 1854, 1, p. 707.

¹³³⁸ Notamment P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, op. cit., n°91, p. 472 ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, op. cit., n°70.

récemment posée la question de l'applicabilité de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier réprimant l'exercice illégal de l'activité de banquier à des actes commis en Polynésie Française à partir de 2001. Poursuivi sur ce fondement, le prévenu faisait valoir l'incompétence de la loi nouvelle, entrée en vigueur sur l'île le 1^{er} janvier 2002, car selon lui, pour être applicable, il fallait que tous les actes de l'infraction d'habitude aient été réalisés sous l'empire de la loi nouvelle. Mais le prévenu est tout de même condamné par les juges du fond, suivis par la Cour de cassation qui releva que « postérieurement au 1^{er} janvier 2002, le prévenu a perçu le remboursement desdits prêts [accordés sous l'empire de la loi ancienne] et accordé un nouveau prêt en avril 2003 ». La Cour de cassation laisse ainsi entendre que la commission d'un seul nouveau prêt après promulgation de la loi nouvelle permet de donner compétence à cette dernière¹³⁴⁰. On pourrait contester que cette interprétation de la décision en observant que la Cour de cassation fait référence à deux actes différents accomplis sous l'empire de la loi nouvelle ; cependant, la perception des intérêts usuraires s'analyse plus comme le résultat des prêts contractés sous la loi ancienne que comme un acte distinct.

Il faut donc admettre que l'infraction d'habitude est soumise à la loi nouvelle, plus sévère ou non, dès lors que l'un des actes qui la composent a eu lieu après l'entrée en vigueur de cette loi.

374. Comparaison avec les infractions continues et complexes. La jurisprudence admet de la même façon qu'une infraction continue qui a commencé à se réaliser sous l'empire d'un texte déterminé et s'est consommée ou s'est prolongée sous l'empire d'un nouveau texte, soit soumise à ce nouveau texte, même s'il est plus sévère¹³⁴¹, ce qui est généralement approuvé par la doctrine¹³⁴².

¹³³⁹ E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 4, n°46 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, n°265 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, op. cit.*, n°9, p. 118 ; A. VITU, *Les conflits de lois dans le temps en droit pénal, op. cit.*, p. 94.

¹³⁴⁰ Cass. crim. 8 mars 2006 : inédit, pourvoi n°05-83747. Les motifs de la Cour d'appel étaient les suivants : « l'exercice habituel d'opérations de crédit effectuées par Hubert X... est ainsi caractérisé par la poursuite, postérieurement au 1^{er} janvier 2002, tant de la perception de remboursement de nombreux prêts antérieurs qu'il reconnaît avoir fait tout en détenant des documents (chèques, reconnaissances de dettes) destinés à garantir ces remboursements, que d'opérations nouvelles ».

¹³⁴¹ Cass. crim. 6 juin 1902 : *D.* 1903, 1, p. 308 ; *S.* 1903, 1, p. 377, note J.-A. ROUX. Plus récemment : Cass. crim. 11 févr. 1998 : *Bull. crim.* n°53 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 65, obs. M. VERON : *RSC* 1998, p. 541, obs. Y. MAYAUD.

¹³⁴² H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit pénal et de législation pénale comparée, op. cit.*, n°183 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire, op. cit.*, n°91 ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales, op. cit.*, n°66 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, op. cit.*, n°77 ; R. VOUIN et J. LEAUTE, *Droit pénal et criminologie, op. cit.*, p. 197.

Cette solution semble également applicable aux infractions à l'élément matériel réitéré¹³⁴³ comme le harcèlement moral. Ainsi, dans une affaire portée devant le Tribunal de grande instance de Paris¹³⁴⁴, un dirigeant était poursuivi pour avoir, de décembre 2000 à février 2002, harcelé moralement une employée au sens du nouveau délit créé par la loi du 17 janvier 2002¹³⁴⁵. Pour sa défense, il faisait valoir le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Mais le tribunal a décidé que l'infraction instaurée par la loi nouvelle « revêt nécessairement un caractère d'habitude et se définit comme la soumission sans répit à des attaques incessantes et réitérées ; le caractère continu est inhérent aux pressions exercées et à la définition même de cette infraction. Une loi nouvelle s'applique à l'infraction d'habitude dès lors que le dernier acte est postérieur à l'entrée en vigueur de cette loi ; en conséquence, dans le cadre d'une infraction d'habitude, le tribunal examine les faits antérieurs à la loi nouvelle présentant un caractère indissociable sans faire échec au principe de non-rétroactivité des lois ». Même si la qualification d'infraction d'habitude retenue par le tribunal est contestable¹³⁴⁶, cette solution semble logique car, à l'instar de l'infraction d'habitude, l'infraction à l'élément matériel réitéré forme un tout indivisible ; il n'est donc pas choquant que la loi nouvelle lui soit applicable alors qu'un seul des actes accomplis s'est réalisé sous son empire.

375. Conclusion. Si l'on part du principe que tous les actes de l'infraction d'habitude font partie de la même entité juridique, il est possible de soumettre l'ensemble des actes constitutifs à la loi en vigueur au moment du dernier acte car c'est en cet instant que l'ensemble de l'habitude est localisé. Ce raisonnement devrait donc être transposable aux habitudes composées non plus de plusieurs actes licites, mais de plusieurs infractions.

b) Habitude composée de plusieurs infractions

376. Prévalence de la loi en vigueur au moment du dernier comportement. La localisation dans le temps des comportements punissables isolément ne présente pas les mêmes difficultés dans la mesure où les comportements sont en eux-mêmes punissables et

¹³⁴³ Sur la liste des infractions concernées, v. *supra*, n°110 et s.

¹³⁴⁴ TGI Paris, 31^{ème} ch. corr. 25 oct. 2002 : décision n°02-06301288.

¹³⁴⁵ Loi n°2002-73 de modernisation sociale, modifiant notamment l'article 222-33 C. pén.

¹³⁴⁶ Le harcèlement moral n'est en effet pas une infraction d'habitude mais une infraction à l'élément matériel réitéré (*supra*, n°157).

donc soumis à la loi en vigueur au moment où ils ont été accomplis. Dès lors qu'ils sont censés s'absorber dans une nouvelle entité, c'est cette nouvelle entité qu'il va falloir localiser : l'une des lois applicables va donc nécessairement prévaloir sur l'autre pour localiser l'habitude. Il s'agira de la loi en vigueur au moment de la commission du dernier comportement. Cela semble se confirmer pour le concours réel.

377. Concours réel général. Dans le concours réel, plusieurs lois peuvent entrer en conflit si, par exemple, parmi les infractions en concours, certaines ont été accomplies sous l'empire d'une loi qui n'admettait pas le cumul des peines, alors que d'autres ont été accomplies sous l'empire d'une loi admettant ce cumul, ou encore si certaines ont été commises sous l'empire d'une loi qui ne faisait pas du concours une cause d'aggravation du délit principal (c'est-à-dire un concours aggravant) ou inversement. ROUBIER admet alors sans hésitation que la loi nouvelle doit s'appliquer à toutes les infractions¹³⁴⁷. Selon lui, cette solution serait justifiée par l'idée selon laquelle la question du concours entre infractions commises sous des lois différentes ne peut se poser qu'au moment où il y a concours, c'est-à-dire au moment où la seconde infraction est commise, donc sous la nouvelle loi. Si cette argumentation est parfaitement logique en présence de deux infractions, elle est en revanche plus contestable quand le délinquant a commis plus de deux infractions¹³⁴⁸. En effet, s'il a accompli deux infractions sous l'empire de la loi ancienne et une seule sous l'empire de la loi nouvelle, le concours réel d'infractions est formé dès la deuxième infraction, ce qui justifierait donc plutôt une application de la loi ancienne. Toutefois, il faut admettre que si le concours réel est un ensemble indivisible, la loi qui s'applique est celle en vigueur au moment où la dernière infraction a été commise.

La jurisprudence ne semble cependant pas de cet avis. Elle considère ainsi, qu'aux termes de l'article 112-2 3° du Code pénal, les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, lorsqu'elles ont pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur¹³⁴⁹. Par conséquent, il faudrait distinguer selon que la loi nouvelle est plus douce ou plus sévère. La loi plus douce, étendant par exemple le domaine du non-cumul des peines, s'appliquerait à

¹³⁴⁷ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, op. cit., n°91, p. 474.

¹³⁴⁸ Puisque le concours réel d'infractions peut comprendre une infinité d'infractions : *supra*, n°134 et s.

¹³⁴⁹ Cass. crim. 26 sept. 1996 : Bull. crim. n°336 ; RSC 1997, p. 631, obs. B. BOULOC.

toutes les infractions en concours. En revanche, la loi nouvelle plus sévère, créant par exemple un nouveau cas de concours réel aggravant, ne serait applicable qu'aux infractions commises en concours après son entrée en vigueur.

378. Concours réel spécial. S'agissant de l'hypothèse dans laquelle le législateur punit plus sévèrement la commission habituelle d'une même infraction, se pose la question suivante : le juge peut-il prendre en compte des faits accomplis à une époque où l'habitude était punie moins sévèrement ? L'hypothèse est donc celle où une personne commet par exemple un faux, infraction non dotée d'une « circonstance aggravante d'habitude », sans être condamnée pour cette infraction. Ensuite, alors qu'une loi nouvelle est venue doter l'infraction d'une telle circonstance, cette personne commet une nouvelle fois un faux : encourt-elle la circonstance aggravante d'habitude alors qu'au moment où elle a commis la première infraction, celle-ci n'existait pas ? La doctrine semble favorable à la thèse répressive, estimant qu'une loi instaurant une circonstance aggravante d'habitude est applicable même si une seule des infractions a été commise après son entrée en vigueur¹³⁵⁰. La jurisprudence a également admis, en matière d'avortement¹³⁵¹, que la loi nouvelle est applicable dès lors qu'une infraction a par exemple été commise après son entrée en vigueur¹³⁵². Malgré l'absence de jurisprudence récente en la matière, cette solution semble toujours d'actualité. En outre, elle est logique dans la mesure où l'habitude pénale forme un ensemble indivisible ; ainsi il est possible de lui appliquer une loi nouvelle alors qu'un seul des éléments la composant s'est déroulé sous l'empire de cette loi.

L'habitude est donc localisée au moment du dernier comportement. C'est aussi le cas lorsque les infractions sont liées par une condamnation alors même que l'on aurait pu penser que la césure juridique entre les infractions créée par cette condamnation aurait conduit à une solution différente.

2. En cas de condamnation

379. Récidive et réitération. En matière de récidive, l'application du principe de non-rétroactivité ne se fait pas nécessairement de la même manière que pour les autres types

¹³⁵⁰ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, op. cit., § 14.

¹³⁵¹ Puisque l'interruption illégale de grossesse est la première infraction à avoir fait l'objet d'une telle aggravation de peine : *supra*, n°15.

¹³⁵² CA Poitiers 16 août 1940 : D.C. 1941, p. 78, note A. LEBRUN.

d'habitude, en raison de sa structure infractionnelle spécifique. La question de savoir s'il est possible d'appliquer un nouveau régime de récidive alors que seul le second terme de la récidive a été commis après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle a ainsi suscité de nombreux débats, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Et s'il n'y a pas de contentieux en matière de réitération, les solutions dégagées en matière de récidive lui semblent transposables. Ainsi, pour savoir quelle loi sera applicable, il convient de distinguer selon que la loi nouvelle modifie un mécanisme de la récidive ou crée un nouveau cas de récidive (a) ou si elle modifie une incrimination ou une peine (b).

a) Modification du mécanisme de la récidive ou création d'un nouveau cas de récidive

380. Doctrine. La doctrine admet généralement que la loi nouvelle modifiant le mécanisme de la récidive ou créant un nouveau cas de récidive est applicable dès lors que la seconde infraction s'est déroulée sous l'empire de cette loi¹³⁵³. Ainsi, les peines de la récidive portées par une loi nouvelle peuvent être appliquées même si l'infraction constituant le premier terme a été commise et jugée avant l'entrée en vigueur de cette loi. Cette solution n'aurait pas d'effet rétroactif car la récidive consiste non pas dans le fait qu'un délit a été commis antérieurement à celui qui fait l'objet du jugement, mais en ce que ce dernier délit a été commis après d'autres antérieurement sanctionnés ; par conséquent « la récidive est un caractère du délit en jugement, et l'aggravation de peine frappe non la première infraction, mais bien la seconde qui a été commise sous la nouvelle loi ; par conséquent, il n'y a pas de rétroactivité de la loi nouvelle »¹³⁵⁴. De même, si une loi a pour effet d'allonger le délai de récidive spéciale, il faut suivre la loi en vigueur au jour du second délit, que l'intervalle soit plus long ou plus court que dans la loi antérieure. Cette solution est encore justifiée par le fait que la récidive est une circonstance de la seconde infraction¹³⁵⁵.

381. Jurisprudence française. La jurisprudence suit cette opinion, considérant que, lorsque la seconde infraction est postérieure à l'entrée en vigueur d'une loi modifiant les

¹³⁵³ A. LEGAL, « Les conflits de lois dans le temps et le premier terme de la récidive », note sous Cass. crim. 11 janv. 1962 : RSC 1963, p. 793, spéc. p. 794 ; A. VITU, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, op. cit., n°94.

¹³⁵⁴ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, op. cit., n°91, p. 475.

¹³⁵⁵ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, op. cit., n°91, p. 475.

conditions de la récidive ou créant un nouveau cas de récidive, il faut appliquer la loi nouvelle même si la première condamnation a été prononcée sous l'empire de la loi ancienne¹³⁵⁶. Ainsi, lorsque la loi nouvelle prend en compte, pour la constitution de la récidive, une condamnation qui jusque-là excluait la récidive, la première condamnation prononcée sous l'empire de la loi ancienne pourra tout de même être valablement retenue à la charge du prévenu ou de l'accusé, à la seule condition que la seconde infraction ait lieu sous la loi nouvelle¹³⁵⁷. Ainsi, par exemple, une condamnation amnistiée ne peut pas aujourd'hui être prise en compte pour la récidive. Si, demain, une loi vient modifier cette règle et ainsi autoriser la prise en compte de condamnations amnistiées¹³⁵⁸ pour la caractérisation de la récidive, il faudrait admettre que les condamnations déjà amnistiées sous l'empire de la loi actuelle puissent être prises en compte pour la récidive, à supposer que la seconde infraction se soit déroulée sous l'empire de la loi nouvelle.

Pour que la loi instituant un nouveau cas de récidive s'applique aux faits de la cause, il faut pour la jurisprudence, que l'infraction qui constitue son second terme soit postérieure à l'entrée en vigueur de la loi, même si le premier terme se situe avant. Selon la Cour de cassation, cette règle se justifie par le fait que l'aggravation de la peine résultant de la récidive se rattache précisément à la commission d'une seconde infraction et est indépendante de la première. Dans un premier temps, elle utilisait ainsi la formule suivante : « lorsqu'une loi institue un nouveau cas de récidive, il suffit pour entraîner son application immédiate que l'infraction constitutive du second terme soit postérieure à son entrée en vigueur, qu'il n'importe que la condamnation constitutive du premier terme ait été prononcée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, l'aggravation résultant de la récidive constituant un supplément de peine non pour la première infraction mais pour la seconde »¹³⁵⁹.

Depuis quelques années, la Cour de cassation a maintenu cette solution, mais changé la formule, estimant que « lorsqu'une loi institue un nouveau régime de la récidive, il suffit, pour entraîner son application immédiate, que l'infraction constitutive du second terme, qu'il

¹³⁵⁶ Cass. crim. 31 août 1893 : *D.* 1896, 1, p. 137 ; 14 juin 1945 : Bull. crim. n°68 ; 29 janv. 1948 : Bull. crim. n°38 ; 11 févr. 1981 : Bull. crim. n°103 ; 23 mars 1981 : Bull. crim. n°103.

¹³⁵⁷ Cass. crim. 15 févr. 1886 : *S.* 1886, 1, p. 328, 1^{ère} et 2^{ème} esp. Il est vrai qu'en l'espèce, le texte applicable, la loi de 1885 sur la relégation contenait une disposition en ce sens. La solution a cependant été maintenue.

¹³⁵⁸ *Supra*, n°264.

¹³⁵⁹ Cass. crim. 31 août 1893 : *D.* 1896, 1, p. 137 ; 14 juin 1945 : Bull. crim. n°68 ; 29 janv. 1948 : Bull. crim. n°38 ; 11 févr. 1981 : Bull. crim. n°103 ; 23 mars 1981 : Bull. crim. n°103.

dépend de l'agent de ne pas commettre, soit postérieure à son entrée en vigueur »¹³⁶⁰. Cette solution vaut même si le nouveau droit applicable a des effets plus sévères¹³⁶¹.

382. Jurisprudence européenne. Suite à l'un de ces arrêts rendu le 29 février 2000, le requérant a décidé de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. La France a été condamnée par un premier arrêt rendu le 10 novembre 2004 pour violation de l'article 7¹³⁶² de la CESDH, la Cour européenne estimant que « lorsqu'une personne est, comme en l'espèce, condamnée en état de récidive légale par application d'une loi nouvelle, le principe de sécurité juridique commande que le délai de récidive légale, apprécié conformément au principe d'interprétation stricte du droit pénal, ne soit pas déjà échu en vertu de la précédente loi »¹³⁶³. Alors que le requérant entendait faire prévaloir la loi applicable lors du premier terme, le Gouvernement mettait l'accent sur la loi applicable au moment où la seconde infraction avait été commise. Mais la Cour Européenne a considéré que « l'application de la loi nouvelle a nécessairement fait revivre une situation juridique »¹³⁶⁴, et que « nonobstant la distinction qui peut légitimement être opérée entre application "immédiate" ou "rétroactive" d'une loi nouvelle, la Cour est d'avis que les circonstances de l'espèce portent en réalité sur une application "rétroactive" de la loi pénale »¹³⁶⁵. Puis, estimant que la loi nouvelle était plus sévère, elle en a déduit que « l'on peut légitimement considérer que l'article 132-9 du nouveau code pénal ne pouvait rétroagir et que le requérant devait, lors des secondes poursuites, être traité en délinquant primaire et non en récidiviste »¹³⁶⁶. Par conséquent, elle a conclu à la violation de l'article 7 de la Convention consacrant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Cette solution n'a cependant été acquise qu'à une courte majorité de quatre voix contre trois et le Gouvernement, insatisfait de l'arrêt rendu par la CEDH, a demandé le renvoi devant la Grande Chambre.

¹³⁶⁰ Cass. crim. 29 févr. 2000 : Bull. crim. n°95, RSC 2001, p. 167 obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. pén.* 2000, comm. 37, obs. C. MARSAT ; 15 juin 2000 : inédit, pourvoi n°99-87955.

¹³⁶¹ Cass. crim. 27 mars 1996 : Bull. crim. n°140, RSC 1997, p. 375, obs. B. BOULOC ; 29 févr. 2000 et 15 juin 2000, préc.

¹³⁶² « 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 ».

¹³⁶³ CEDH, 1^{ère} section, 10 nov. 2004, *Achour c/ France*, § 50 : D. 2005, p. 1203, note D. ROETS ; D. 2006, p. 53, note D. ZEROUKI-COTTIN ; RSC 2005, p. 659, obs. F. MASSIAS ; JCP 2005, I, 103, Chron. Droits de l'homme, obs. F. SUDRE, n°6.

¹³⁶⁴ § 41.

¹³⁶⁵ § 42.

¹³⁶⁶ § 49.

Dans un arrêt du 29 mars 2006¹³⁶⁷ la Grande chambre conclut finalement à l'absence de violation de l'article 7, par seize voix contre une. Le raisonnement est fondé sur trois arguments. Premièrement, la Cour Européenne estime que la récidive est une circonstance aggravante *in personam*¹³⁶⁸, si bien que la personne condamnée avait la qualité de récidiviste au moment de la seconde infraction. Puis, elle rappelle qu'en droit interne, la solution de la Cour de cassation est constante et par conséquent suffisamment prévisible¹³⁶⁹. Enfin, troisièmement, elle juge que l'application d'un nouveau régime de récidive ne constitue pas une application rétroactive de la loi mais une simple « succession de lois qui n'ont vocation à s'appliquer qu'à compter de leur entrée en vigueur »¹³⁷⁰. Par conséquent, le fait pour les juges français de prendre en compte la condamnation pénale rendue sous l'empire de la loi ancienne constitue une « démarche rétrospective [qui] se distingue de la notion de rétroactivité *stricto sensu* »¹³⁷¹. Cette démarche, consistant non pas à modifier l'analyse juridique de faits antérieurs mais à modifier pour l'avenir les conséquences qu'il était possible de tirer de ces faits, semble logique. En effet, la loi nouvelle ne rétroagit ni sur la première infraction ni sur la condamnation mais ces éléments sont pris en compte pour la caractérisation de la récidive légale formée au moment où est commise la seconde infraction. La récidive est donc un tout indivisible qui doit être soumis à la loi en vigueur au moment où elle est constituée. Par conséquent, la solution de l'arrêt Achour de 2006 doit être approuvée.

Ainsi, la récidive est localisée au moment du dernier acte, ce qui explique que l'ensemble des infractions soit soumis à la loi en vigueur à ce moment. La même logique se retrouve en cas de modification d'une incrimination ou d'une peine.

¹³⁶⁷ CEDH, gd ch., 29 mars 2006 : *D.* 2006, p. 2513, note D. ZEROUKI-COTTIN ; *RSC* 2006, p. 677, obs. F. MASSIAS ; *AJ pénal* 2006, p. 360, obs. C. SAAS ; *Dr. pén.* 2006, p. 375, obs. X. PIN ; *JCP G* 2006, I, 164, n°6 obs. F. SUDRE. V. aussi E. DREYER, « La récidive et l'application de la loi dans le temps », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 91, et « Le temps de la récidive et le juge de la loi », *RTDH* 2007, p. 733.

¹³⁶⁸ § 46.

¹³⁶⁹ § 52 à 55.

¹³⁷⁰ § 58.

¹³⁷¹ § 59. La Cour utilise ici un concept dégagé par le doyen Héron : J. HERON, *Principes de droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 96 : « C'est la durée présente dans l'effet juridique qui permet au législateur de retenir une solution ne reposant pas sur la prise en compte d'un élément du présupposé. Pour désigner cette solution, on peut parler de rétroactivité ».

b) Modification d'une incrimination ou d'une peine

383. Rétroactivité *in mitius* et premier terme de la récidive. Lorsqu'une loi modifie une incrimination ou une peine, cela peut avoir une influence sur l'état de récidive, par exemple lorsqu'une infraction est correctionnalisée, car des faits commis sous l'empire de la loi ancienne peuvent cesser de constituer le premier terme d'une récidive par l'effet d'une loi nouvelle plus douce. La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé dès 1962 que la rétroactivité *in mitius* ne peut pas jouer à l'égard de l'infraction qui constitue le premier terme de la récidive car la rétroactivité est subordonnée à l'absence de condamnation définitive passée en force de chose jugée¹³⁷². La Cour de cassation se fonde ainsi sur le principe selon lequel une loi édictant des peines moins sévères ne peut régir des faits antérieurs que tant qu'une condamnation passée en force de chose jugée n'est pas encore intervenue à la date de son entrée en vigueur. Cette jurisprudence avait été critiquée en ce que l'intervention de la loi nouvelle laisse la condamnation précédente intacte et ne modifie en rien ses effets propres. Il s'agit en effet, pour la prise en compte de la récidive, de vérifier si cette condamnation peut être prise en compte pour aggraver la peine encourue pour la nouvelle infraction, question qui relève de la loi nouvelle¹³⁷³.

Des auteurs ont jugé cette solution de 1962 périmée avec le nouveau Code pénal : « ce n'est plus en effet comme sous l'ancien Code pénal, la condamnation elle-même qui est prise en considération comme premier terme de la récidive, mais désormais l'infraction qui a donné lieu à ladite condamnation. Or, si l'autorité de la chose jugée s'attache à la peine prononcée et aux faits qui l'ont motivée, elle n'a pas d'incidence sur l'infraction même dont la nature est fonction des textes incriminateur et sanctionnateur. Si par suite de l'intervention d'une loi nouvelle, la nature de l'infraction a été modifiée, il n'y a aucune raison de ne pas faire bénéficier le récidiviste de la rétroactivité *in mitius* »¹³⁷⁴. Toutefois, la loi nouvelle, même plus douce, ne peut pas rétroagir sur la qualification attribuée aux faits par une condamnation devenue irrévocable : même si la loi nouvelle plus douce transforme la première infraction de

¹³⁷² Cass. crim. 11 janv. 1962 : RSC 1963, p. 793, note A. LEGAL. La solution avait déjà été formulée au début du XIX^{ème} siècle : Cass. crim. 11 juin 1812, 4 juill. 1828 et 19 août 1830 (arrêts cités par A. LEGAL dans la note préc.).

¹³⁷³ *Contra* : P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, op. cit., p. 477 qui estime que la qualification de la première infraction relève de la loi sous l'empire de laquelle elle a été jugée.

¹³⁷⁴ M. HERZOG EVANS, *Rép. pén. Dalloz*, v^o Récidive, préc., n^o208. Egalement en ce sens : D. THOMAS, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, préc., n^o134.

crime en délit, l'existence de la condamnation fige la qualification en crime et fait que la récidive devra être caractérisée de crime à crime ou de crime à délit.

L'application de la loi nouvelle à l'ensemble juridique que forme la récidive trouve donc ici une limite. Cette limite est cependant justifiée au regard de l'autorité de chose jugée attachée à la condamnation, qui interdit de requalifier postérieurement les faits.

384. Conclusion. La localisation de l'habitude pénale dans le temps permet ainsi de déterminer la loi qui sera applicable à l'ensemble. Ainsi, sauf l'exception rencontrée en matière de récidive, l'unité juridique de l'habitude permet d'appliquer une seule loi à l'ensemble des comportements accomplis, bien qu'ils aient été accomplis sous l'empire de lois différentes. Autrement dit, les modalités de répression de l'habitude sont soumises à une seule loi. Cette logique, consistant à soumettre l'ensemble à une seule loi alors même que les comportements pris individuellement n'en relèvent pas tous, devrait donc se retrouver lorsque l'on envisage les règles de répression de l'habitude dans l'espace.

B. La localisation de l'habitude dans l'espace

385. Application de la loi pénale française à l'ensemble des comportements. Dans la plupart des cas, les deux comportements constitutifs de l'habitude se dérouleront en France : la loi française sera alors applicable en vertu du principe de territorialité sans qu'il y ait de difficulté particulière. En revanche, il est possible que le premier acte ait été commis sur le territoire français et le second à l'étranger ou inversement. Dans cette hypothèse, il est important de savoir comment localiser l'habitude, pour déterminer si la loi pénale française lui est applicable ou non. Dans la même logique que pour l'application de la loi dans le temps, où l'on a montré qu'il suffisait qu'un seul des comportements ait été commis sous l'empire de la loi nouvelle, il faut admettre également que la loi pénale française doit être applicable à toutes les habitudes dès lors qu'un seul comportement a eu lieu sur le territoire français. Il suffit ainsi qu'un seul comportement ait été accompli en France pour que l'ensemble de l'habitude puisse y être localisé. Toutefois, si cette idée se vérifie de manière absolue en matière d'infraction d'habitude (A), elle doit être relativisée s'agissant des autres habitudes (B).

1. Une application absolue à l'infraction d'habitude

386. Les différentes théories. Diverses théories ont été proposées pour déterminer le critère de rattachement le plus adéquat¹³⁷⁵. Selon la théorie de l'émission ou de l'acte, l'infraction doit être localisée au lieu où son auteur a agi concrètement ; selon celle de la réception ou du résultat, l'infraction est localisée à l'endroit où la valeur protégée par l'incrimination a été atteinte. Enfin, la théorie de l'ubiquité combine les deux précédentes et permet de prendre en compte tout « fait constitutif » de l'infraction pour la localiser. La doctrine admet en effet que l'infraction d'habitude est réputée commise en France dès lors qu'un des actes se réalise à l'intérieur de nos frontières¹³⁷⁶.

387. Application du territorialisme de fiction. C'est effectivement la théorie de l'ubiquité qui est consacrée par le Code pénal actuel¹³⁷⁷. En effet, en vertu de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal¹³⁷⁸, « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Si l'intérêt principal de cette disposition est de justifier l'application de la loi pénale française à tout acte accompli sur le territoire, et corrélativement la compétence du juge pénal français¹³⁷⁹, on peut toutefois la percevoir d'un point de vue substantiel comme indiquant qu'il n'est pas nécessaire que tous les actes d'une infraction d'habitude aient été commis sur le territoire français pour que la condition de répétition soit remplie. Sur le fondement de l'article 693 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle a ainsi reconnu la compétence des juridictions françaises pour

¹³⁷⁵ V. notamment E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1733 et s. ; Y. LESEC, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 113-1 à 113-12, fasc. 10 : application de la loi pénale dans l'espace, infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, 1998, n°32 ; X. TRACOL, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693, fasc. 20 : compétence des juridictions nationales françaises, 2008, n°37 et s.

¹³⁷⁶ F. DESPORTES et F. LE GUHENEZ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°392 ; M.-C. FAYARD, « La localisation internationale de l'infraction », *RSC* 1968, p. 753, n°15 ; A. FOURNIER et D. BRACH-TIEL, *Rép. pén. Dalloz*, v° Compétence internationale, 2011, n°122 ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, Coll. Thémis droit privé, 3^{ème} éd., 2005, n°131 ; Y. LESEC, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 113-1 à 113-12, fasc. 10, préc., n°49 ; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979, n°270 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°229 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°202.

¹³⁷⁷ Le principe d'ubiquité a l'avantage d'assurer une meilleure répression au sens où l'auteur d'une infraction ne pourra pas se soustraire à sa responsabilité en raison de conflits négatifs de compétence. Bien au contraire, et c'est là son principal inconvénient, cette solution risque de multiplier les conflits de compétence (v. notamment en ce sens : D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 24, 2003, n°397 et s. ; 525 et s.).

¹³⁷⁸ Son prédécesseur, l'article 693 du Code de procédure pénale, était rédigé en termes voisins : « Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ».

¹³⁷⁹ Sur ce point, v. *infra*, n°402.

les délits d'habitude dès qu'un acte constitutif de l'habitude a été commis dans leur ressort¹³⁸⁰. Cette solution ne semble d'ailleurs être qu'une illustration particulière de la solution retenue classiquement en matière d'infractions complexes. En effet, on peut considérer que l'infraction d'habitude n'est qu'une variété d'infractions complexes dont la particularité est le lien d'analogie entre les actes¹³⁸¹.

Dans les infractions complexes, la jurisprudence reconnaît compétence au juge dans le ressort duquel une partie des faits qui composent l'infraction a été accomplie¹³⁸². En matière d'escroquerie¹³⁸³, le juge français s'est ainsi reconnu compétent même lorsque seuls l'emploi de moyens frauduleux ou la remise ont lieu en France¹³⁸⁴. La même solution est appliquée en matière de contrefaçon : les juges français sont compétents dès lors que l'atteinte aux droits d'auteur, c'est-à-dire le préjudice, se situe en France alors que le fait matériel de la reproduction d'une œuvre de l'esprit avait été commis au Japon¹³⁸⁵.

388. Absence de distinction selon l'ordre des actes. Selon la doctrine, que le premier acte soit accompli à l'étranger et le second en France ou *vice versa*, la loi française sera applicable. Il apparaît toutefois que cette compétence aura deux fondements différents : dans le premier cas, la compétence sera admise sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 113-2¹³⁸⁶ ; dans le second, sur le fondement de l'alinéa 2¹³⁸⁷. Ainsi, si le premier acte d'une infraction d'habitude a été accompli sur le territoire français, le juge pénal français est compétent pour connaître de cette infraction, quand bien même le deuxième l'aurait été à l'étranger. L'unité juridique de l'infraction d'habitude permet de la localiser en un seul endroit. Néanmoins, l'application de la théorie de l'ubiquité conduit en réalité à considérer que l'habitude pénale dans son ensemble peut être localisée indifféremment en France et à l'étranger. Par conséquent, tant le juge pénal français que le juge pénal étranger sont compétents pour juger de l'infraction d'habitude. Cette solution n'est évidemment pas propre

¹³⁸⁰ Cass. crim. 10 févr. 1900 : *DP* 1902, 1, p. 207.

¹³⁸¹ *Supra*, n°154.

¹³⁸² Par ex. Cass. crim. 12 déc. 1935 : *S.* 1937, 1, p. 280.

¹³⁸³ Bien que la qualification d'infraction complexe soit constestable : *supra*, n°44.

¹³⁸⁴ Cass. crim. 19 avr. 1983 : *Bull. crim.* n°108 ; 28 nov. 1996 : *Bull. crim.* n°437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, obs. M. VERON.

¹³⁸⁵ Cass. crim. 29 janv. 2002 : *Bull. crim.* n°13.

V. aussi la même solution à propos de loteries prohibées reprochées au dirigeant de deux sociétés dont le siège était à Londres et Guernesey, et ayant organisé illégalement un concours de pronostic sur les résultats du Tour de France avec 900 000 bulletins imprimés et diffusés en France : Cass. crim. 22 mai 1997 : *Bull. crim.* n°198.

¹³⁸⁶ « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République ».

¹³⁸⁷ « L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

à l'infraction d'habitude mais se retrouve dans toutes les infractions dès lors que leurs éléments constitutifs sont réalisés sur des territoires différents.

La loi pénale française est donc applicable à l'infraction d'habitude dans son ensemble, même si un seul de ses éléments constitutifs s'est déroulé sur le territoire français. Par conséquent, la répression de l'infraction d'habitude se fera selon les modalités prévues par la loi pénale française si le juge français en est saisi en premier. En revanche, ce raisonnement semble difficile à appliquer aux habitudes formées de plusieurs infractions, en raison du caractère intrinsèquement punissables des comportements répétés.

2. Une application relative pour les habitudes formées de plusieurs infractions

389. Critère de l'ordre de commission des infractions. S'agissant des habitudes formées de plusieurs infractions, l'application de la loi pénale française à l'ensemble des comportements semble plus nuancée ; en effet, en raison des exigences inhérentes à la souveraineté nationale de chaque pays, il faut distinguer selon l'ordre de commission des infractions. L'habitude ne pourra vraisemblablement être sanctionnée que si l'infraction commise à l'étranger a lieu en premier, et l'infraction commise en France en second.

390. En cas de condamnation pénale. Classiquement, seules les condamnations prononcées par les juridictions françaises pouvaient être prises en compte pour la récidive. Or, depuis la loi du 12 décembre 2005, les condamnations rendues par des juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union Européenne le sont également. En revanche, si une personne commet une première infraction en France pour laquelle elle est condamnée par une juridiction pénale française puis commet une seconde infraction mais à l'étranger, il faut déterminer si la loi pénale française est applicable à cette seconde infraction pour retenir éventuellement l'état de récidive. On ne peut pas appliquer ici les mêmes règles qu'en matière d'infraction d'habitude dans la mesure où l'expression « faits constitutifs » vise les éléments constitutifs d'une même infraction, alors qu'en matière de récidive, il faut que l'auteur ait accompli au moins deux infractions distinctes l'une de l'autre. S'il n'existe aucun critère de rattachement à la loi pénale française (nationalité de l'auteur, nationalité de la victime, etc) pour la seconde infraction, alors la loi française ne sera pas applicable et le juge pénal français ne pourra pas connaître de la récidive sous prétexte que l'auteur des faits a déjà été condamné

en France. La même conclusion semble s'imposer en matière de réitération compte tenu du rapprochement opéré entre ces deux institutions d'habitude pénale¹³⁸⁸.

391. En l'absence de condamnation pénale. En matière de concours réel, la loi pénale française ne pourra *a priori* pas s'appliquer à une infraction commise à l'étranger si elle ne lui est reliée par aucun critère de rattachement. L'habitude ne pourra donc pas être réprimée dans son ensemble. En outre, et même si ce n'est pas la situation la plus fréquente dans le concours réel, lorsque des peines ont été prononcées par des juridictions étrangères pour une première infraction et que des poursuites sont engagées en France pour une autre, la Cour de cassation refuse que les juridictions françaises prennent en compte la peine prononcée par la juridiction étrangère pour déterminer leur propre peine¹³⁸⁹. Cette solution n'est pas forcément contradictoire avec celle évoquée en matière de récidive. En effet, si le Code pénal français autorise désormais la prise en compte d'une condamnation rendue par une juridiction pénale d'un Etat membre de l'Union Européenne, c'est dans un but purement répressif. En effet, la caractérisation de l'état de récidive va permettre au juge français d'aggraver la peine encourue¹³⁹⁰. En revanche, le non-cumul des peines étant le principe applicable en cas de concours réel d'infractions¹³⁹¹, le juge français n'aurait aucun intérêt à prendre en compte une peine déjà prononcée par une juridiction étrangère dans la mesure où cela viendrait fortement limiter le montant de la peine qu'il pourrait prononcer. Toutefois, l'existence d'un lien de connexité ou d'indivisibilité entre les infractions en concours pourrait justifier l'application de la loi pénale française à l'ensemble des infractions en concours¹³⁹².

Si l'on envisage l'hypothèse dans laquelle le législateur punit la commission habituelle de la même infraction comme un cas particulier de concours réel¹³⁹³, la même conclusion devrait s'imposer. En revanche, si l'on y voit une circonstance aggravante d'habitude, le raisonnement est différent. En effet, dans ce cas, la circonstance aggravante consistant dans le penchant délictueux de l'auteur¹³⁹⁴ serait un élément constitutif de l'infraction aggravée. Or,

¹³⁸⁸ Elles sont en effet toutes les deux des habitudes pénales judiciaires : *supra*, n°240 et s.

¹³⁸⁹ Cass. crim. 5 déc. 1947 : Bull. crim. n°247 ; 20 août 1991 : Bull. crim. n°310, *Dr. pén.* 1992, comm. 30, obs. M. VERON ; RSC 1992, p. 306, obs. A. VITU ; 26 oct. 2005 : Bull. crim. n°271 ; *AJ pénal* 2006, p. 43 : « en cas de poursuites successives devant une juridiction étrangère et devant une juridiction française, il n'y a pas lieu, à défaut de dispositions spéciales, d'appliquer le principe du non-cumul des peines ». V. *infra*, n°446.

¹³⁹⁰ Sur l'effet aggravant de la récidive, v. *infra*, n°459 et s.

¹³⁹¹ *Infra*, n°436 et s.

¹³⁹² Sur ces mécanismes et leurs effets, v. *infra*, n°407 et s.

¹³⁹³ *Supra*, n°63.

¹³⁹⁴ *Supra*, n°62 et n°117.

cette infraction aggravée n'est consommée qu'une fois l'infraction simple et la circonstance aggravante réunies, c'est-à-dire lors de l'accomplissement de la seconde infraction. Dès lors, « le fait qui, quoique légalement nécessaire à la circonstance aggravante, ne la compose pas véritablement ne peut davantage constituer l'infraction aggravée ni donc la situer. Ainsi, l'infraction commise en état [...] d'habitude échappe à la compétence française si seul le premier [...] acte caractérisant la circonstance d'habitude se sont produits en France. En effet, ils ne sont pas des composantes de ces circonstances aggravantes mais seulement des éléments de preuve de celles-ci »¹³⁹⁵. Le penchant délictueux s'acquérant avec la deuxième infraction, si cette infraction a lieu à l'étranger, c'est en ce lieu que se réalise le penchant délictueux et donc l'infraction aggravée. Autrement dit, la première infraction ne permettrait pas de localiser l'infraction aggravée, tout simplement parce qu'elle lui est extérieure¹³⁹⁶. Seule la seconde infraction devrait permettre de localiser l'ensemble. Cette seconde conception n'est pas satisfaisante parce qu'elle ne permet pas de localiser l'habitude pénale en un seul endroit, ce qui plaide en faveur de la conception de concours réel particulier.

392. Conclusion de la Section 1. L'habitude pénale n'est pas simplement la juxtaposition de plusieurs comportements mais constitue une entité juridique autonome, distincte de la somme des comportements qui la composent. Par conséquent, elle est dotée de règles de répression autonomes qui ne dépendent pas des comportements qui la forment. L'unité juridique de l'habitude a alors une influence sur les modalités de fond de sa répression. D'une part, les modalités de participation sont affectées par cette unité au sens où l'accomplissement d'un seul acte de l'habitude peut parfois emporter les mêmes conséquences que le fait d'avoir commis soi-même l'ensemble des actes. D'autre part, la localisation de l'habitude est influencée par cette unité. Il est en effet possible de localiser l'habitude en un seul lieu et un seul moment à partir de la localisation d'un seul acte. La localisation d'un seul des actes va alors emporter la localisation de l'ensemble.

Les modalités de fond de répression de l'habitude sont donc marquées par sa structure : son caractère d'ensemble indivisible impose d'appliquer certaines règles de manière globale sans qu'il soit possible de les appliquer individuellement à chaque comportement. Cette idée se retrouve naturellement dans les modalités procédurales de répression de l'habitude.

¹³⁹⁵ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°555.

¹³⁹⁶ *Supra*, n°62.

Section 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités procédurales

393. Domaine des règles concernées. L'unité juridique de l'habitude pénale a pour conséquence de la doter de modalités de répression procédurales autonomes. Ces règles tendent à faire sanctionner l'habitude en tant qu'ensemble. Par conséquent, pour que l'habitude soit réprimée en tant que telle, il est nécessaire que le juge puisse connaître de l'ensemble de ses éléments constitutifs et pas seulement de certains d'entre eux. Qu'il s'agisse de l'infraction d'habitude, de la récidive¹³⁹⁷, de la réitération, ou du concours réel, il importe que tous les comportements soient traités ensemble par le juge pénal. Dès lors, tant les règles de poursuite (§ 1) que les règles de compétence (§ 2) doivent être dépendantes de l'unité juridique de l'habitude.

§ 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de poursuite

394. Déclenchement de l'action publique. L'unité juridique de l'habitude impose d'appliquer les règles de poursuite à l'ensemble des comportements et non à chacun d'entre eux séparément. En tenant pour acquis que l'habitude est abstraitement constituée, il convient de préciser selon quelles modalités techniques elle peut être « poursuivie »¹³⁹⁸ devant le juge pénal. L'action publique, qui a pour titulaire le procureur de la République¹³⁹⁹, a pour objet la saisine d'une juridiction et l'application éventuelle d'une peine à un prévenu ou à un accusé. Pour que l'habitude puisse être sanctionnée en tant que telle, il est nécessaire que les poursuites s'étendent à l'ensemble des comportements qui la forment. Or, même si l'habitude

¹³⁹⁷ Les règles procédurales propres à la récidive, ne seront pas étudiées (v. notamment M. HERZOG EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Récidive, préc., n°242 et s.). On signalera simplement que certaines règles procédurales sont plus sévères à l'encontre du récidiviste. Ainsi, par exemple, depuis la loi du 12 décembre 2005, l'état de récidive a pour conséquence la possibilité pour le tribunal de décerner un mandat de dépôt à l'audience contre le prévenu libre quel que soit le montant de l'emprisonnement prononcé (art. 465-1 al.1^{er} C. proc. pén.) et même l'obligation de décerner un tel mandat, sauf décision spécialement motivée, s'il s'agit d'une récidive d'agressions ou d'atteintes sexuelles, de violences ou de délits commis avec la circonstance aggravante de violence (465-1 al. 2). En outre, les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale sont soumis aux dispositions particulières des articles 706-47 et suivants du Code de procédure pénale.

¹³⁹⁸ Il est vrai que le terme de « poursuites » est réservé à une ou plusieurs infractions, et non à tout autre concept ; ici, l'expression « poursuite de l'habitude » sera donc employée pour désigner la poursuite de la pluralité d'infractions constituant l'habitude ; il sera précisé le cas échéant s'il s'agit d'une poursuite unique ou de poursuites successives ayant pour objet les différents comportements composant l'habitude.

¹³⁹⁹ Art. 1 al. 1 C. proc. pén. Si la victime peut indirectement déclencher les poursuites par l'exercice de son action civile (al. 2), elle n'est pas à proprement parler titulaire du droit d'action publique.

s'entend toujours d'un ensemble de comportements répétés, il a déjà été précisé que ces comportements ne sont pas toujours de même nature. Plus particulièrement, le caractère intrinsèquement punissable de ces comportements a une réelle influence sur les modalités de la répression de l'ensemble. Par conséquent, l'infraction d'habitude, somme de plusieurs actes non punissables, se démarque une fois encore des autres habitudes. En effet, les enjeux de mise en mouvement de l'action publique sont différents. Au regard de ces logiques opposées, il est préférable de traiter séparément la mise en mouvement de l'action publique pour l'infraction d'habitude (A) de celles des habitudes composées d'une pluralité d'infractions (B).

A. La mise en mouvement de l'action publique ayant pour objet la répression d'une infraction d'habitude

395. Découverte de plusieurs actes constitutifs d'une infraction d'habitude. L'infraction d'habitude a pour particularité d'être composée d'au moins deux¹⁴⁰⁰ comportements non punissables¹⁴⁰¹ identiques¹⁴⁰². Dès lors, deux questions se posent. D'abord, dans l'hypothèse où il aurait connaissance de plusieurs actes formant ainsi une infraction d'habitude, le procureur de la République peut-il ou doit-il déclencher les poursuites à l'encontre de l'ensemble de ces actes ? La réponse est ici évidente : puisque les actes répétés ont pour particularité d'être absorbés dans une seule infraction, l'infraction d'habitude, il va de soi que le ministère public poursuivra l'infraction, c'est-à-dire l'ensemble des actes¹⁴⁰³. Si le fait isolé s'inscrit dans un ensemble d'actes, il se rattache aux autres pour former une seule infraction d'habitude¹⁴⁰⁴ et ne peut pas en effet donner lieu à des poursuites distinctes. Cette solution est donc parfaitement logique au regard du principe de l'unité juridique de l'habitude.

396. Découverte d'un seul acte. Ensuite, la découverte d'un seul fait suffit-elle pour déclencher l'action publique sans attendre le second acte pourtant nécessaire à la caractérisation de l'infraction ? Autrement dit, le ministère public qui a connaissance d'un seul acte, par exemple, une seule consultation d'un service de communication en ligne

¹⁴⁰⁰ *Supra*, n°105.

¹⁴⁰¹ *Supra*, n°40 et s.

¹⁴⁰² *Supra*, n°153.

¹⁴⁰³ Sur les conséquences quant à l'étendue de la saisine de la juridiction d'instruction ou de jugement, v. *infra*, n°412.

¹⁴⁰⁴ *Supra*, n°123 et s.

mettant à disposition l'image d'un mineur à caractère pornographique¹⁴⁰⁵ peut-il déclencher l'action publique ? La doctrine est partagée.

Selon certains auteurs, la répétition du comportement n'est pas un élément de la cause de l'action publique, mais seulement une condition de la consommation de l'infraction¹⁴⁰⁶. Ainsi, l'existence d'un seul acte suspect devrait permettre de déclencher l'action publique sans attendre la découverte d'un second fait. L'instruction aurait pour but de vérifier si cet acte reste isolé ou non. Autrement dit, même s'il n'est pas constitutif d'une infraction, l'acte isolé serait illicite et qualifiable et entraînerait donc l'application de la loi pénale. L'exercice illégal de la médecine existerait ainsi en tant qu'activité particulière illicite dès le premier acte, mais en tant qu'infraction qu'à partir du second. Cependant, le premier acte suffirait en ce qu'il crée l'apparence de l'infraction pour déclencher l'action publique.

A l'inverse, d'autres considèrent qu'« il ne peut y avoir de poursuite pénale avant l'existence de l'habitude »¹⁴⁰⁷. Cette dernière opinion semble la plus conforme à l'esprit de l'infraction d'habitude car cette catégorie d'infraction a pour vocation de laisser une chance à la personne qui n'accomplit qu'un seul acte. Techniquement, il semble d'ailleurs difficile de déclencher l'action publique alors qu'il manque de manière évidente un second acte pour consommer l'infraction. Du reste, cette idée semble confortée par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation de 1839, selon lequel l'action en réparation du dommage causé par un acte unique ne peut pas être portée devant les tribunaux répressifs¹⁴⁰⁸. Cette solution est parfaitement logique puisqu'en l'absence de deux actes au moins, l'infraction d'habitude n'est pas consommée, empêchant ainsi la victime d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives¹⁴⁰⁹. Certes, cet arrêt ne permet pas de tirer des conclusions en ce qui concerne l'action publique car le principe posé semble difficilement transposable en raison de la différence de nature entre ces deux actions.

Les règles de déclenchement des poursuites en matière d'infraction d'habitude sont donc marquées à la fois par l'unité juridique de cette infraction et par le caractère licite des

¹⁴⁰⁵ Infraction d'habitude prévue à l'art. 227-23 al. 5 C. pén.

¹⁴⁰⁶ O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, op. cit., n°333.

¹⁴⁰⁷ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, op. cit., § 29, p. 123. V. également en ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., p. 619.

¹⁴⁰⁸ Cass. ch. réunies. 4 nov. 1839 : S. 1839, 1, p. 929 ; Cass. crim. 15 mars 1919 : S. 1921, 1, p. 387.

¹⁴⁰⁹ Pour obtenir réparation de son dommage, la victime conserve évidemment son droit d'agir devant les juridictions civiles sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

comportements accomplis isolément. Une telle adaptation n'est cependant pas nécessaire lorsque l'habitude concernée est composée d'une pluralité d'infractions.

B. Les habitudes composées d'une pluralité d'infractions

397. Prise en compte des infractions précédemment accomplies. S'agissant de la récidive, de la réitération, du concours réel et de l'habitude circonstance aggravante, l'unité juridique devrait imposer, dans la mesure du possible, que les infractions qui les composent soient traitées ensemble. Il va de soi que les différentes infractions ne peuvent faire l'objet d'une poursuite unique que lorsque la première infraction n'a pas déjà fait l'objet d'une condamnation car, dans ce dernier cas, elle ne pourra pas faire l'objet d'une seconde poursuite¹⁴¹⁰. Par conséquent, il faut distinguer selon que les infractions sont liées ou pas par une décision de condamnation.

398. Infractions liées par une condamnation. Dans le premier cas, en matière de récidive et de réitération, la première infraction a déjà fait l'objet de poursuites, lesquelles ont abouti à une condamnation de l'auteur : la poursuite ultérieure ne concernera donc que la seconde infraction. Toutefois, le ministère public peut soulever la circonstance aggravante de récidive, ce qui aura pour conséquence de faire statuer sur l'habitude prise dans son ensemble, sans qu'il soit porté atteinte au principe *ne bis in idem*¹⁴¹¹. En revanche, la réitération n'étant pas à proprement parler une circonstance aggravante¹⁴¹², le déclenchement de l'action publique ne se fera qu'à l'égard de la seconde infraction et la prise en compte de la première infraction n'interviendra qu'au stade de la détermination de la peine applicable¹⁴¹³.

399. Infractions non liées par une condamnation. Dans le second cas, en matière de concours réel, selon la date de découverte des infractions, il se peut que les différentes infractions aient fait l'objet d'une poursuite unique, ou de poursuites séparées, ce dont il est

¹⁴¹⁰ *Supra*, n°334 et s. sur l'extinction de l'action publique par la chose jugée.

¹⁴¹¹ Il ne s'agit pas en effet de rejurer la première infraction, mais simplement d'en tenir compte pour mieux individualiser la peine du récidiviste.

¹⁴¹² *Contra* M. WAGNER, *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°121, selon laquelle la réitération prévue à l'article 132-16-7 du Code pénal serait une circonstance aggravante générale car elle entraîne un « cumul de peine, donc nécessairement une sanction plus forte ». Sur la critique de cet argument, v. *infra*, n°467.

¹⁴¹³ Sur la sanction de la réitération d'infractions, v. *infra*, n°467 et s.

tenu compte pour déterminer la peine encourue par l'auteur du concours réel¹⁴¹⁴. Lorsque les poursuites sont simultanées, il y a bien une poursuite de l'habitude en tant que telle. Lorsqu'elles sont séparées, l'unité juridique de l'habitude ressort tout de même puisque dans le cas où les poursuites auraient abouti à deux condamnations distinctes, le prévenu pourra solliciter la confusion des peines, afin de ne subir qu'une seule peine pour l'ensemble des infractions commises¹⁴¹⁵.

Ces conclusions devraient également s'imposer dans le cas particulier de concours où le législateur sanctionne plus sévèrement la commission d'infractions identiques. Le choix de la qualification de concours réel est d'ailleurs le seul acceptable, puisque la théorie de l'infraction aggravée conduit à des incohérences, non pas quant à l'exercice de l'action publique mais quant à celui de l'action civile. Selon cette dernière conception, il y aurait en effet une circonstance aggravante d'habitude qui porterait sur la seconde infraction. Par conséquent, la seconde infraction serait une infraction aggravée par l'habitude, penchant délictueux de l'auteur. Mais cette conception pose une difficulté importante en ce qui concerne l'exercice de l'action civile. En effet, l'action civile est définie par l'article 2 du Code de procédure pénale comme l'action en réparation du dommage causé par un crime, un délit, une contravention et ne peut être exercée que par celui qui a « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Ainsi, lorsqu'une infraction simple est accompagnée d'une circonstance aggravante d'habitude ou de récidive, seul celui qui souffre directement de l'infraction aggravée devrait avoir la qualité de victime. Mais pour souffrir de l'infraction aggravée par l'habitude, il faudrait avoir été victime de cette « habitude », de ce penchant délictueux. Selon une interprétation stricte, il faudrait alors avoir été victime d'au moins deux infractions, ce qui aurait pour conséquence de limiter énormément les possibilités d'exercice de l'action civile par la victime d'une seule infraction. Par conséquent, au-delà des raisons conceptuelles précédemment avancées pour le choix de cette qualification de concours réel spécial¹⁴¹⁶, s'ajoute ici une raison pratique importante en faveur de cette qualification.

400. Conclusion sur la poursuite de l'habitude. Ainsi, l'unité juridique de l'habitude tend à imposer une poursuite unique pour l'ensemble des comportements constitutifs de l'habitude. Si cette idée est aisée à mettre en œuvre en matière d'infraction d'habitude, elle

¹⁴¹⁴ *Infra*, n°436 et s.

¹⁴¹⁵ *Infra*, n°439 et s.

¹⁴¹⁶ *Supra*, n°63.

l'est moins concernant les autres institutions. S'agissant du concours réel, la poursuite unique est bien évidemment possible, mais il peut arriver que certaines infractions restent inconnues lors de la première poursuite, auquel cas il y aura nécessairement des poursuites séparées. S'agissant ensuite des habitudes pour lesquelles la première infraction a déjà fait l'objet d'une condamnation irrévocable, c'est-à-dire la récidive et la réitération, il est évident que la seconde infraction et éventuellement les suivantes devront faire l'objet de poursuites séparées de la première. Toutefois, le ministère public peut soulever la circonstance aggravante de récidive lors de la poursuite, ce qui a en quelque sorte pour effet de traiter ensemble toutes les infractions. Cette possibilité n'existe pas en matière de réitération, car il ne s'agit pas d'une circonstance aggravante, mais la seconde infraction sera tout de même traitée avec la première au stade de la détermination de la peine encourue par l'auteur. L'unité juridique impose donc de poursuivre l'habitude dans son ensemble, ce qui se traduit nécessairement par des modalités différentes. Pour permettre une répression efficace de l'habitude, l'unité juridique a également une influence sur les règles de compétence.

§ 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de compétence
juridictionnelle

401. Notion de compétence. Le déclenchement de l'action publique par le ministère public a pour effet la saisine d'une juridiction d'instruction ou de jugement. Dès lors, il convient de s'interroger sur les règles de compétence juridictionnelle. On définit traditionnellement la compétence comme « l'aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître »¹⁴¹⁷. Or, l'unité juridique de l'habitude a une influence sur ces règles de compétence, qu'elle soit territoriale (A) ou matérielle (B).

A. L'influence de l'unité juridique sur les règles de compétence territoriale

402. Compétence nationale et internationale. Pour déterminer la compétence territoriale ou *ratione loci* d'une juridiction, il faut envisager sa compétence nationale mais aussi sa compétence internationale. S'agissant de la compétence internationale, le principe de solidarité des compétences législatives et judiciaires implique que le juge pénal français est

¹⁴¹⁷ *Vocabulaire juridique*, (sous la direction de G. CORNU), *op. cit.*

compétent lorsque la loi pénale française est applicable. Cette question ayant déjà été traitée à propos de la localisation de l'habitude dans l'espace¹⁴¹⁸, il n'est pas nécessaire d'y revenir. En revanche, les règles de compétence nationale méritent davantage d'explications.

403. Compétence à l'intérieur du territoire français. Selon l'article 52 du Code de procédure pénale « sont compétents le juge d'instruction du lieu de l'infraction, celui de la résidence de l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction, celui du lieu d'arrestation d'une de ces personnes, même lorsque cette arrestation a été opérée pour une autre cause et celui du lieu de détention d'une de ces personnes, même lorsque cette détention est effectuée pour une autre cause ». Ainsi, le juge d'instruction dispose d'une quadruple compétence. Des dispositions similaires sont prévues en matière de compétence du tribunal correctionnel¹⁴¹⁹. Il existe quatre liens de rattachement en matière criminelle et délictuelle : le lieu de commission de l'infraction, le lieu d'arrestation de la personne, le lieu de résidence de cette personne, et le lieu de la détention de la personne même si elle est détenue pour une autre cause¹⁴²⁰. L'arrestation et la détention étant impossibles en matière contraventionnelle, ces liens ne sont qu'au nombre de deux en matière de compétence du tribunal de police et des juridictions de proximité¹⁴²¹ : sauf loi spéciale, il s'agit donc du lieu de commission ou de constatation de la contravention ou du lieu de résidence de la personne auteur des faits. S'agissant des personnes morales, c'est le lieu de commission de l'infraction et le lieu du siège social de la personne morale¹⁴²². Si de prime abord, ces règles sont simples, leur mise en œuvre risque d'être contrariée par la pluralité de comportements constitutifs de l'habitude. Pourtant, l'unité juridique de l'habitude va permettre de régler les conflits de compétence, tant pour l'infraction d'habitude (1) que pour les habitudes formées de plusieurs infractions (2).

1. En matière d'infraction d'habitude

404. Pluralité des critères de rattachement. Il est évidemment possible que les actes constitutifs de l'infraction d'habitude ne se soient pas déroulés au même endroit. Se pose alors la question de savoir quelle juridiction sera territorialement compétente. Pour certains

¹⁴¹⁸ *Supra*, n°385 et s.

¹⁴¹⁹ Art. 382 C. proc. pén.

¹⁴²⁰ Art. 43, 52 et 382 C. proc. pén.

¹⁴²¹ Art. 522 et 522-1 C. proc. pén.

¹⁴²² Art. 706-42 C. proc. pén.

auteurs, lorsque les différents actes constitutifs de l'habitude n'ont pas eu lieu au même endroit, elle n'existe que dans la personne du délinquant et la compétence doit appartenir au juge de la résidence du prévenu¹⁴²³ ou de son arrestation¹⁴²⁴ ; d'autres préfèrent le lieu où s'est accompli le dernier fait, puisqu'il consomme l'infraction¹⁴²⁵. Enfin, certains admettent la compétence de toutes juridictions dans le ressort duquel a été accompli un acte constituant l'habitude¹⁴²⁶. Comme pour la compétence internationale, c'est cette dernière solution qui doit prévaloir. La jurisprudence admet en effet que sont compétents les magistrats lorsqu'un des éléments constitutifs de l'infraction est commis dans leur ressort¹⁴²⁷. Il faut donc admettre la compétence territoriale de chaque juridiction dans le ressort duquel a été accompli un des éléments constitutifs de l'habitude. Cependant, cette solution risque de créer des conflits positifs de compétence, notamment si plusieurs juges se saisissent de la même infraction d'habitude, chacun étant compétent¹⁴²⁸. L'unité juridique de l'infraction d'habitude fait qu'il est toutefois impossible de traiter séparément des différents actes : la première juridiction saisie pourra alors connaître de l'ensemble des actes de l'infraction d'habitude¹⁴²⁹. Si cette solution prévaut en matière d'infraction d'habitude, elle doit également trouver à s'appliquer à l'égard des habitudes formées de plusieurs infractions.

2. En matière d'habitudes formées de plusieurs infractions

405. Exclusion des infractions liées par une décision de condamnation. En matière de récidive et de réitération, la question de la compétence territoriale ne peut concerner que la seconde infraction, ce qui n'appelle pas de remarque particulière¹⁴³⁰. En revanche, l'influence de l'unité juridique de l'habitude se manifeste pleinement lorsque l'on s'intéresse à la compétence territoriale en matière de concours réel général (a) et de concours homogène aggravant (b).

¹⁴²³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 2, Sirey, 1909, n°561-III.

¹⁴²⁴ B. PERREAU, « De la notion du délit continu en doctrine et en jurisprudence », in *Travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris*, 1924, p. 36.

¹⁴²⁵ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 4, C. Hingray, 1851, n°1676 ; E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴²⁶ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, *op. cit.*, § 29, p. 123.

¹⁴²⁷ Cass. crim. 30 sept. 1998 : Bull. crim. n°243.

¹⁴²⁸ Il s'agit donc du même problème qu'en matière de localisation internationale de l'infraction : *supra*, n°388.

¹⁴²⁹ *Infra*, n°412.

¹⁴³⁰ Si, après la condamnation, plusieurs infractions sont commises sans être elles-mêmes séparées par une décision de condamnation, ces infractions sont en concours réel. Par conséquent, ce seront les règles du concours réel en matière de compétence territoriale qui s'appliqueront.

a) Concours réel général

406. Absence d'influence de l'unité juridique en droit positif. Le concours réel étant composé de plusieurs infractions non séparées par une décision de condamnation¹⁴³¹, chacune des infractions peut justifier la compétence d'une juridiction. Ainsi, il est possible que l'ensemble des infractions fasse l'objet d'une poursuite unique, sous réserve qu'elles répondent toutes à au moins un critère de rattachement (le lieu de commission de l'infraction, le lieu d'arrestation de la personne, le lieu de résidence de cette personne et le lieu de la détention de la personne). Mais il est également possible que les infractions ne fassent pas l'objet d'une procédure unique mais de poursuites distinctes car la juridiction initialement saisie n'est pas territorialement compétente pour connaître de l'ensemble des infractions. C'est par exemple le cas si les infractions en concours sont commises en des endroits différents ou si le délinquant change de domicile. L'impossibilité pour une juridiction de connaître de l'ensemble des infractions accomplies par la même personne n'est alors pas satisfaisante car, même si le Code pénal prévoit des dispositions particulières en matière de sanction au cas où les infractions en concours auraient fait l'objet de procédures séparées¹⁴³², il semblerait plus logique qu'une seule juridiction puisse connaître de l'ensemble des infractions. Cela supposerait d'admettre la prorogation de compétence territoriale dans de telles circonstances.

407. Proposition de l'admission d'une prorogation de compétence territoriale. La prorogation de compétence, définie comme une extension de compétence d'une juridiction¹⁴³³, ne peut être que légalement prévue en raison du caractère d'ordre public attaché à la compétence en procédure pénale. Le Code de procédure pénale prévoit de telles prorogations en cas de connexité et d'indivisibilité¹⁴³⁴.

L'article 203 du Code de procédure pénale prévoit quatre cas de connexité : « Les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les

¹⁴³¹ Art. 132-2 C. pén.

¹⁴³² Art. 132-5 C. pén. V. *infra*, n°439 et s.

¹⁴³³ *Vocabulaire juridique*, (sous la direction de G. CORNU), *op. cit.*

¹⁴³⁴ Art. 203, 286, 382, 387 et 522 C. proc. pén.

autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées ». Seul le troisième cas semble susceptible de correspondre à des infractions en concours. En effet, il est possible qu'une même personne commette une infraction pour se procurer les moyens de commettre l'autre, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité. Cette hypothèse mérite alors d'être comparée à la circonstance de corrélation¹⁴³⁵. Dans ce cas, les infractions en concours pourraient, en raison de la connexité qui les unit, être jugées ensemble. Toutefois, les hypothèses concernées semblent avoir un domaine assez limité de sorte que seule une faible proportion des concours réels d'infractions pourraient être concernée par cette connexité autorisant une prorogation de compétence.

Quant à l'indivisibilité, elle n'est pas définie par la loi. C'est une notion dégagée par la doctrine et la jurisprudence qui suppose entre les faits délictueux une relation encore plus étroite que celle qui résulte de la connexité. La chambre criminelle de la Cour de cassation en a ainsi donné la définition suivante : « L'indivisibilité entre les éléments d'une prévention suppose qu'ils sont dans un rapport mutuel de dépendance, et rattachés entre eux par un lien tellement intime, que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres »¹⁴³⁶. Elle est par exemple caractérisée lorsqu'une infraction unique a été commise par plusieurs personnes, soit comme coauteurs soit comme complices, ou encore en cas d'unité d'agent, lorsque ce dernier a commis plusieurs infractions liées entre elles par une unité de dessein ou dont l'une constitue une circonstance aggravante de l'autre. L'indivisibilité pourrait ainsi être caractérisée lorsque plusieurs infractions sont liées par une unité de dessein criminel, ce qui est possible en matière de concours réel mais pas obligatoire. On peut par exemple établir une unité de dessein criminel lorsqu'une personne vole une arme pour tuer quelqu'un, mais pas lorsqu'une personne commet une contravention au Code de la route puis un abus de confiance. De même, il est possible que, selon la volonté du législateur, une infraction soit la circonstance aggravante d'une autre¹⁴³⁷ alors qu'il s'agit de deux infractions en concours. Ainsi, par exemple, si une personne venant de causer un homicide involontaire commet un délit de fuite, ce dernier délit est considéré par le législateur comme une

¹⁴³⁵ *Supra*, n°64.

¹⁴³⁶ Cass. crim. 29 juill. 1875 : Bull. crim. n°239.

¹⁴³⁷ Bien que cette qualification de circonstance aggravante soit contestable : v. *supra*, n°64.

circonstance aggravante de l'homicide involontaire¹⁴³⁸, si bien que les deux infractions sont indivisibles et pourront être jugées ensemble.

Il n'en reste pas moins que la définition de l'indivisibilité est, elle aussi, trop restreinte pour pouvoir s'appliquer à toutes les situations d'infractions en concours réel. On pourrait alors envisager d'étendre la définition de la connexité pour lui permettre de s'appliquer à tous les concours réels d'infractions, d'autant que la jurisprudence considère que l'énumération prévue à l'article 203 n'est pas limitative et que la connexité s'étend aux cas dans lesquels il existe des rapports étroits analogues à ceux que la loi a spécialement prévus¹⁴³⁹. Du reste, la jurisprudence a récemment créé un nouveau cas de connexité entre des crimes qui « procèdent d'une même conception, relèvent du même mode opératoire et tendent au même but »¹⁴⁴⁰. Cela permet de juger ensemble toutes les infractions « sérielles », c'est-à-dire par exemple, les infractions commises par un tueur en série. Cependant, ce nouveau cas de connexité, pour utile qu'il soit, a une définition trop étroite pour englober tous les cas de concours réels.

Dès lors, il serait envisageable de créer un nouveau cas de connexité en cas de concours réel¹⁴⁴¹. Un auteur a d'ailleurs proposé une modification de l'article 203 du Code de procédure pénale, lequel comprendrait désormais la phrase suivante : « les infractions sont connexes [...] lorsqu'elles ont été commises par une seule personne... »¹⁴⁴².

408. Effets de l'admission de la connexité. La connexité ayant pour effet principal une jonction de procédure¹⁴⁴³, une telle réforme semble tout à fait opportune car cela permettrait à une juridiction, initialement non compétente territorialement, de connaître d'une infraction commise par la personne qui a commis les autres infractions dont elle est saisie. Cela permettrait certainement d'éviter les poursuites séparées lorsque celles-ci ne sont pas causées par l'absence de découverte de l'infraction, et ainsi de minimiser le contentieux de la confusion des peines né de ces poursuites multiples¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁸ Art. 221-6-1 6° C. pén.

¹⁴³⁹ Cass. crim. 6 déc. 1907 : *DP* 1910, 1, p. 53. Cass. crim. 6 janv. 1970 : Bull. crim. n°11 ; 7 août 1971 : Bull. crim. n°245 ; 13 févr. 1974 : Bull. crim. n°64 ; 12 nov. 1981 : Bull. crim. n°302 ; 26 juill. 1988 : Bull. crim. n°305 ; 3 mai 2000 : Bull. crim. n°177 ; 28 mai 2003 : Bull. crim. n°108.

¹⁴⁴⁰ Cass. crim. 18 janv. 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 76, note A. MARON ; *RPDP* 2006, p. 615, note E. VERNY.

¹⁴⁴¹ En droit positif, le fait que le concours réel ne constitue pas un cas de connexité serait justifié par le fait que le lien unissant ces différentes infractions est « simple » alors que la connexité suppose un lien « renforcé » (A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°529).

¹⁴⁴² F. GONZALVEZ, *Etude critique du régime du concours réel d'infractions*, *op. cit.*, n°230 et s.

¹⁴⁴³ Pour une étude approfondie des effets de la connexité, v. A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°553 et s.

¹⁴⁴⁴ *Infra*, n°439 et s.

L'admission de ce nouveau cas de connexité devrait cependant être limitée aux infractions commises sur le territoire français, car l'admettre également aux infractions commises à l'étranger pourrait constituer une extension excessive de la compétence des juridictions françaises dans un but purement répressif, ce qui est souvent critiqué par la doctrine¹⁴⁴⁵. Plus précisément, une telle extension est critiquable lorsqu'elle a pour but de rendre compétentes les juridictions françaises pour une infraction alors qu'il n'existe aucun critère de rattachement à la loi pénale française, hormis le fait que son auteur a accompli d'autres infractions pouvant être jugées en France¹⁴⁴⁶.

409. Limitation des effets de la connexité. L'absence en droit positif d'un cas général de connexité en matière de concours réel s'explique certainement par les effets de celle-ci. En effet, la connexité produit un effet sur la prescription de l'action publique, en ce qu'un acte interruptif de prescription accompli pour l'une des infractions connexes produit le même effet pour toutes les autres¹⁴⁴⁷. Or, cet effet « contagieux »¹⁴⁴⁸ peut avoir comme conséquence d'empêcher l'acquisition de la prescription pour une infraction quand bien même elle serait découverte une fois le délai de prescription écoulé, uniquement parce qu'elle serait connexe à une autre infraction commise par la même personne. Une telle solution reviendrait à remettre en cause le principe même de la prescription. Par conséquent, s'il faut admettre la connexité

¹⁴⁴⁵ Notamment A. VITU, selon lequel : « en droit interne, connexité et indivisibilité ont pour effet d'élargir la compétence d'une juridiction au-delà de ses limites personnelles, matérielles ou géographiques naturelles : la prorogation qui en résulte est seulement judiciaire, puisque le droit de fond applicable n'est pas modifié. Mais lorsque les infractions connexes ou indivisibles ont été commises, les unes en France, les autres en pays étranger, admettre la prorogation de compétence au profit de nos juridictions nationales pour la totalité de ces infractions retentit sur les règles de fond applicables : au lieu d'être régies par le droit pénal étranger, en vertu du principe de territorialité, les infractions commises hors de nos frontières vont se trouver soumises à la loi répressive française, de sorte que la prorogation n'est plus seulement judiciaire, mais bien législative » (obs. sous Cass. crim. 23 avr. 1981 : RSC 1982, p. 609).

¹⁴⁴⁶ La Cour de cassation considère d'ailleurs que la connexité existant entre une extorsion de signature, commise en France, et le recel du produit de cette infraction, réalisé à l'étranger, ne peut proroger la compétence de la juridiction française dès lors que l'action publique du chef d'extorsion de signature s'est trouvée éteinte par prescription avant le dépôt de la plainte pour recel (Cass. crim. 9 nov. 2004 : Bull. crim. n°274 ; RSC 2005, p. 293, note G. VERMELLE ; *Dr. pén.* 2005, comm. 16 (2^{ème} esp.), note A. MARON, et comm. 32 (2^{ème} esp.), note M. VERON. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir rejeté sa compétence « malgré la connexité » entre les infractions. Elle admet donc la connexité mais ne précise pas si les deux infractions ont été commises par les mêmes auteurs.

¹⁴⁴⁷ Cass. crim. 3 févr. 1955 : *JCP* 1955, II, 8663 ; 18 févr. 1991 : Bull. crim. n°85. A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment considéré que la question de savoir si l'extension des effets d'un acte interruptif de prescription à l'égard d'une infraction aux infractions qui lui sont connexes était constitutionnelle ne présentait pas de caractère sérieux dans la mesure où « les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité peut exercer sur elle, sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs » (Cass. ass. plén. 20 mai 2011 (1^{ère}, 2^{ème} et 4^{ème} espèces) : *Dr. pén.* 2011, comm. 95, note J.-H. ROBERT).

¹⁴⁴⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n°1259.

entre les infractions en concours réel pour permettre de les juger ensemble, il serait peut être opportun de limiter les effets de cette connexité quant à la prescription de l'action publique.

La consécration de la connexité entre les infractions en concours réel permettrait aux juridictions pénales de connaître de l'habitude en tant que telle. Théoriquement, la même proposition devrait être formulée à l'égard du cas particulier de concours homogène aggravant.

b) Concours homogène aggravant

410. Conception de la circonstance aggravante. Si l'on envisage la commission habituelle d'une infraction punie d'une peine aggravée comme un cas particulier de concours réel¹⁴⁴⁹, il faut, comme en matière de concours réel général, admettre que l'ensemble des infractions en concours sont connexes, pour en déduire la prorogation de compétence de la juridiction saisie de seulement l'une d'entre elles. Cette idée serait d'autant plus justifiée qu'il existe un lien d'analogie entre les infractions, mettant en évidence la criminalité particulière de l'auteur du concours. La première juridiction saisie serait alors compétente pour juger de l'ensemble des infractions, même si certaines d'entre elles ne se sont pas déroulées dans son ressort de compétence. En revanche, il n'est pas certain que cette conclusion s'impose si l'on analyse cette même situation sous la qualification de circonstance aggravante d'habitude.

Si l'on adhère en effet à la théorie de l'infraction aggravée¹⁴⁵⁰, il faut rappeler que l'habitude ne consiste alors pas en la répétition d'infractions mais en le penchant délictueux de l'auteur. Ce penchant est prouvé par l'existence d'une première infraction mais qui reste extérieure à l'infraction aggravée. La première infraction et la seconde infraction aggravée sont donc traitées séparément. Or, une juridiction n'est territorialement compétente pour connaître d'une infraction que si l'un des éléments constitutifs de l'infraction s'est déroulé dans son ressort¹⁴⁵¹. Par conséquent, si les deux infractions se sont déroulées en des endroits différents, la juridiction saisie de la première infraction ne pourra donc pas connaître de la seconde, et inversement la juridiction saisie de la seconde infraction (aggravée) ne pourrait

¹⁴⁴⁹ *Supra*, n°63.

¹⁴⁵⁰ *Supra*, n°62.

¹⁴⁵¹ A. MARON, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 381 à 392-1, fas. 15 : tribunal correctionnel, compétence et saisine, 2011, n°117 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, n°700 ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, 2010, n°85 ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales, op. cit.*, n°226 ; J.-P. VALAT, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 49 à 52-1, fasc. 20 : juge d'instruction, 2009, n°154.

pas se saisir de la première car cette dernière lui est extérieure. En outre, si la circonstance aggravante est bien un élément constitutif de l'infraction aggravée, dans la mesure où elle ne consiste qu'en un penchant délictueux, elle n'est pas à même de localiser l'infraction aggravée. La juridiction territorialement compétente pour juger cette infraction aggravée sera donc uniquement celle dans le ressort de laquelle elle s'est déroulée. Finalement, les deux infractions ne pourraient donc pas être appréhendées par une même juridiction, ce qui n'est guère satisfaisant. Il faut donc admettre la connexité et la prorogation de compétence. La conclusion est donc ici la même quelle que soit la conception que l'on se fait de cette hypothèse.

411. Conclusion sur la compétence territoriale en matière d'habitude. L'unité juridique de l'habitude exerce ainsi une réelle influence sur la détermination de la compétence des juridictions répressives. En effet, il suffit que l'un des comportements soit rattachable à la France ou à un lieu déterminé, pour que le juge de ce ressort puisse connaître de l'ensemble de l'habitude. Certes, en droit positif, cette idée se vérifie de manière inégale. Si elle ne fait aucun doute en matière d'infraction d'habitude, elle n'est pour l'instant pas consacrée en matière de concours réel. Pour ce type d'habitude, il est en effet actuellement nécessaire que l'identité d'auteur des infractions accomplies permette de caractériser un cas de connexité, afin que la juridiction initialement non territorialement compétente puisse juger de l'ensemble des infractions en concours. L'extension de compétence territoriale permettrait alors de juger de l'habitude dans son ensemble. Pour être totalement effectives, ces règles de compétence territoriale doivent être complétées par des règles de compétence matérielle reposant sur la même logique.

B. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de compétence matérielle

412. Principe de la saisine *in rem* des juridictions pénales. Si l'habitude pénale est conçue comme un ensemble juridique autonome et indivisible, alors le juge doit avoir compétence pour l'ensemble des actes et pas seulement pour certains d'entre eux. En droit positif, la compétence matérielle des juridictions répressives est régie par le principe de saisine *in rem*. La saisine *in rem* signifie que les juridictions répressives doivent instruire ou statuer sur tous les faits indiqués dans le titre de la poursuite, mais exclusivement sur eux et qu'il ne leur est donc pas possible de statuer sur des faits qui n'y sont pas mentionnés. Cette

règle trouve son fondement dans le principe de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement, seul le ministère public pouvant déclencher et délimiter le domaine des poursuites. Pourtant, l'unité juridique de l'habitude va probablement modifier la mise en œuvre de ces règles, que ce soit en matière d'infraction d'habitude ou d'habitudes formées de plusieurs infractions.

Le cas de l'infraction d'habitude n'appelle pas de longs développements. Dans la mesure où l'ensemble des actes répétés forme une seule infraction, il est évident que le juge saisi qui connaît d'un ou plusieurs faits peut se saisir d'office d'un acte de la même nature¹⁴⁵². En revanche, le cas des habitudes composées de plusieurs comportements intrinsèquement punissables suscite davantage de difficultés. En outre, les règles de compétence matérielles ne sont pas forcément les mêmes selon que l'on est en présence d'une circonstance aggravante (1) ou non (2).

1. En présence d'une circonstance aggravante

413. Détermination de la juridiction matériellement compétente. La répartition des compétences entre cour d'assises, tribunal correctionnel, tribunal de police et juridiction de proximité se fait traditionnellement selon la gravité de l'infraction : crime, délit et contravention¹⁴⁵³. Le critère est donc *a priori* aisé à mettre en œuvre. Or, la circonstance aggravante a parfois pour effet de changer la nature de l'infraction qui passera par exemple, d'une qualification délictuelle à une qualification criminelle, ce qui aura pour conséquence d'attribuer compétence à la cour d'assises et non plus au tribunal correctionnel. Il en va de même toutes les fois où la qualification criminelle a pour effet d'engendrer un régime

¹⁴⁵² Cass. crim. 22 nov. 1956 : Bull. crim. n°772 : le tribunal correctionnel peut faire état de tous les faits constitutifs de l'habitude incriminée, même si ces faits ne sont pas expressément prévus dans l'ordonnance de renvoi.

¹⁴⁵³ Art. 381 C. proc. pén. : « Le tribunal correctionnel connaît des délits. Sont des délits les infractions que la loi punit d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende supérieure ou égale à 3 750 euros ».

Art. 521 C. proc. pén. : « Le tribunal de police connaît des contraventions de la cinquième classe. La juridiction de proximité connaît des contraventions des quatre premières classes [...] ».

Art. 181 al. 1 C. proc. pén. : « Si le juge d'instruction estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, il ordonne leur mise en accusation devant la cour d'assises ».

Art. 231 C. proc. pén. : « La cour d'assises a plénitude de juridiction pour juger, en premier ressort ou en appel, les personnes renvoyées devant elle par la décision de mise en accusation ».

juridique particulier, comme la saisine obligatoire d'une juridiction d'instruction¹⁴⁵⁴. Dans ce cas, le ministère public doit donc saisir le juge compétent au regard de ces circonstances aggravantes ; la juridiction saisie doit ainsi décliner sa compétence si elle se rend compte que l'infraction dont elle est saisie s'accompagne d'une circonstance aggravante qui en modifie la nature, ce qui serait par exemple le cas d'un tribunal correctionnel saisi d'un délit qui se transforme en crime. Cette difficulté, qui n'est pas spécifique à la compétence matérielle¹⁴⁵⁵, peut cependant être résolue assez rapidement dans la mesure où il a déjà été démontré que ni la récidive, ni l'habitude (en admettant qu'il s'agisse d'une circonstance aggravante¹⁴⁵⁶) n'ont pas pour effet de modifier la nature de l'infraction aggravée¹⁴⁵⁷. Par conséquent, la détermination de la juridiction compétente se fait classiquement selon la gravité de l'infraction en tenant compte de toutes les circonstances aggravantes autres que la récidive. C'est donc moins la détermination de la juridiction matériellement compétente que l'ampleur de sa compétence qui pose problème.

414. Etat de récidive non visé dans la citation. S'il est évident que la juridiction saisie pour la seconde infraction peut connaître de cette infraction, la question se pose de savoir si elle peut connaître de l'état de récidive non visé dans le réquisitoire introductif d'instance. Pendant longtemps, la chambre criminelle a estimé qu'il importait peu que la citation, l'ordonnance du juge d'instruction ou l'arrêt de renvoi n'ait pas mentionné que l'inculpé ou l'accusé était en état de récidive¹⁴⁵⁸, ce qui n'était d'ailleurs pas condamné par la doctrine¹⁴⁵⁹. Puis, à la fin des années 1970, la Cour d'appel de Bourges a tenté d'adopter une solution inverse. Elle a jugé que lorsque la circonstance de récidive n'a pas été visée dans la citation, le juge ne peut pas, sans violer les droits de la défense¹⁴⁶⁰, retenir la récidive même si

¹⁴⁵⁴ L'art. 79 C. proc. pén. dispose en effet que « L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44 ».

¹⁴⁵⁵ Cette question a déjà été évoquée à propos de l'incrimination de la tentative (*supra*, n°292), de l'amnistie (*supra*, n°309) ou encore de la prescription de l'action publique (*supra*, n°325).

¹⁴⁵⁶ Ce qui est contestable : *supra*, n°63.

¹⁴⁵⁷ *Supra*, n°291.

¹⁴⁵⁸ Cass. crim. 7 juill. 1876 : Bull. crim. n°164 ; 20 sept. 1888 : Bull. crim. n°295.

¹⁴⁵⁹ Par ex. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1906, art. 56, 57 et 58, n°250 : « il importe peu que l'état de récidive soit ou non formellement mentionné dans l'acte d'accusation. On soutiendrait vainement que la liberté de la défense a été violée en ce que l'accusé n'aurait eu ni le temps ni les moyens de répondre sur la circonstance aggravante ».

¹⁴⁶⁰ V. sur ce thème, Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Thèse Bordeaux IV, 2011.

le prévenu et son conseil ont eu connaissance de cette situation et préparé leur défense¹⁴⁶¹. Mais la chambre criminelle n'en a pas moins maintenu sa position classique : lorsque la circonstance de récidive, non visée par la citation, a été retenue d'office par les juges du fond, le prévenu ne peut se plaindre d'une atteinte aux droits de la défense s'il a été préalablement informé de cet élément d'aggravation par son conseil et a ainsi été en mesure de présenter sa défense¹⁴⁶².

Plus tard, d'autres arrêts paraissaient exiger qu'en pareille hypothèse, le prévenu ait accepté d'être jugé sur cette circonstance aggravante non visée par le titre de poursuite¹⁴⁶³, ou qu'une mention dans la décision indique que le prévenu ait été mis en mesure de présenter sa défense¹⁴⁶⁴. La jurisprudence considérait alors que l'état de récidive ne saurait être retenu qu'à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de s'expliquer sur cette circonstance aggravante, ce que doit constater l'arrêt¹⁴⁶⁵, et que cette obligation n'est pas écartée lorsque la peine prononcée a été inférieure à celle qui est prévue par la loi¹⁴⁶⁶. Traditionnellement, c'était l'article 593 du Code de procédure pénale qui servait de fondement textuel à la censure, c'est-à-dire l'absence ou l'insuffisance de motifs. Désormais, la chambre criminelle a ajouté au visa de ses censures les articles 6¹⁴⁶⁷ et 13¹⁴⁶⁸ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Finalement, cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 12 décembre 2005¹⁴⁶⁹, créant un article 132-16-5 du Code pénal, selon lequel « l'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement même lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites, dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations ». Dès son entrée en vigueur, cet article a fait l'objet de contentieux mais la chambre criminelle

¹⁴⁶¹ CA Bourges 8 nov. 1979 : *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. p. 99.

¹⁴⁶² Cass. crim. 13 nov. 1980 : *JCP G* 1981, IV, p. 42 ; 11 févr. 1981 : *Bull. crim.* n°56.

¹⁴⁶³ Cass. crim. 20 févr. 1979 : *Bull. crim.* n°74 ; 26 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 230 ; 3 avr. 1996 : *Bull. crim.* n°154.

¹⁴⁶⁴ Cass. crim. 2 juill. 1991 : *Bull. crim.* n°290, *Dr. pén.* 1992, comm. 1, note M. VERON. Dans cette affaire la chambre criminelle a prononcé la cassation en soulevant d'office un moyen fondé notamment sur les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁴⁶⁵ Cass. crim. 17 déc. 1997 : *Bull. crim.* n°434, *JCP* 1998, IV, 1946 ; 20 sept. 2000 : *Bull. crim.* n°274, *Dr. pén.* 2001, chron. 14, C. MARSAT.

¹⁴⁶⁶ Cass. crim. 21 nov. 2000 : *Bull. crim.* n°347 : « il n'importe que la Cour ait prononcé une peine inférieure à celle prévue par l'article d'incrimination et de répression, dès lors que la constatation de la récidive, non soumise au débat contradictoire, a exercé une influence sur l'application de la peine et a ainsi préjudicié au prévenu ».

¹⁴⁶⁷ Cass. crim. 20 sept. 2000 : *Bull. crim.* n°274.

¹⁴⁶⁸ Cass. crim. 21 nov. 2000, préc.

¹⁴⁶⁹ Art. 16 de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

de la Cour de cassation veille scrupuleusement à son respect et apporte des précisions sur la façon dont doivent être respectés les droits de la défense. Elle juge par exemple que la simple présence de l'avocat à l'audience est insuffisante car, si le prévenu ne comparait pas, son défenseur doit avoir été informé de ce que cette circonstance aggravante sera relevée lors du jugement¹⁴⁷⁰, ou encore que l'état de récidive non mentionné dans l'acte de renvoi ne peut être relevé d'office que si le président a mis en mesure l'accusé ou son avocat de présenter leurs observations à ce sujet avant réquisitoire et plaidoiries¹⁴⁷¹.

De même, si l'état de récidive peut être constaté pour la première fois en appel¹⁴⁷² (à condition que la cour d'appel soit saisie par l'appel du ministère public, puisque le seul appel du prévenu ne peut pas aggraver sa situation), celle-ci doit constater expressément que le prévenu a été mis en mesure de se défendre sur cette circonstance aggravante¹⁴⁷³. En revanche, la chambre criminelle estime que l'accusé qui, au cours des débats, n'a élevé aucune réclamation en ce qui concerne l'état de récidive légale relevé et caractérisé par le dispositif de l'arrêt de renvoi contre lequel il ne s'est pas pourvu, ne saurait être admis à contester pour la première fois devant la Cour de cassation ledit état de récidive retenu contre lui par la Cour d'assises¹⁴⁷⁴.

415. Droit des pratiques anticoncurrentielles. A titre de comparaison, il faut remarquer que le respect des droits de la défense s'impose également en matière de réitération de pratiques anticoncurrentielles. Dans une affaire dite du TGV Nord¹⁴⁷⁵, le Conseil de la concurrence a pris en compte le fait que plusieurs entreprises poursuivies avaient déjà été condamnées antérieurement pour des faits identiques, autrement dit qu'elles étaient en état de réitération, pour aggraver l'amende¹⁴⁷⁶. Or, la Cour d'appel de Paris, saisie du litige, a admis la prise en compte de la réitération mais en imposant que les entreprises puissent présenter

¹⁴⁷⁰ CA Douai 11 mars 2009 : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°10, obs. E. GARÇON. Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment jugé que « le moyen, qui soutient que le demandeur n'a pas été mis en mesure de s'expliquer sur l'état de récidive et que la peine d'emprisonnement sans sursis n'est pas motivée, ne saurait être admis, dès lors que, nonobstant son absence devant la cour d'appel, M. X a été cité devant le tribunal correctionnel pour des vols en état de récidive et une tentative de vol en état de récidive, qu'il a comparu assisté de son avocat devant cette juridiction et n'a élevé à cet égard aucune contestation » (Cass. crim. 21 juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-86363).

¹⁴⁷¹ Cass. crim. 16 janv. 2008 : Bull. crim. n°11 ; 17 févr. 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 67, note M. VERON.

¹⁴⁷² Cass. crim. 8 févr. 1821 : Bull. crim. n°27.

¹⁴⁷³ Cass. crim. 7 avr. 1999 : Bull. crim. n°71.

¹⁴⁷⁴ Cass. crim. 21 mars 1984 : Bull. crim. n°122.

¹⁴⁷⁵ Cons. conc. 29 nov. 1995, décision n°95-D-76 relative à des pratiques constatées à l'occasion de marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil.

¹⁴⁷⁶ Puisque la réitération est une circonstance aggravante en la matière : *infra*, n°470.

leurs observations sur cet aspect, ce qui implique qu'elles soient averties, au plus tard au moment du rapport, de l'éventualité d'une aggravation de la sanction¹⁴⁷⁷.

La juridiction saisie de la seconde infraction composant une récidive peut ainsi étendre sa compétence à la circonstance aggravante de récidive non mentionnée dans la citation, à condition que le prévenu ait été mis en mesure de se défendre sur ce point. Le fait que la récidive soit une circonstance aggravante permet ainsi un élargissement de la compétence du juge. En l'absence de circonstance aggravante, la question de l'étendue de la compétence matérielle de la juridiction se pose en des termes différents.

2. En l'absence de circonstance aggravante

416. Réitération d'infractions. La compétence matérielle ne suscite aucune difficulté en matière de réitération. La première infraction ayant déjà fait l'objet d'une condamnation, la juridiction compétente ne peut être déterminée qu'en fonction de la gravité de la seconde infraction et sa compétence sera limitée à cette infraction, ce qui est toutefois suffisant puisque cela permet au juge de connaître de l'ensemble de l'habitude. Autrement dit, il n'appartient pas au juge saisi de la seconde infraction de rejuger en même temps la première car cela serait contraire au principe *ne bis in idem*. Toutefois, le juge va nécessairement prendre en compte cette première infraction pour déterminer le montant de la peine, ce qui revient à juger les infractions dans leur ensemble. L'existence d'une condamnation entre les infractions ne fait donc qu'indirectement obstacle à ce que la compétence du juge soit étendue à toutes les infractions formant l'habitude pénale. Un tel obstacle ne se retrouve de plus pas en matière de concours réel puisque, par définition, il est formé d'infractions non séparées par une condamnation.

417. Concours réel général. La compétence matérielle du juge pénal devrait donc pouvoir être étendue à l'ensemble des infractions en concours. Toutefois, le juge d'instruction ne peut en principe informer que sur des faits dont il a été saisi par un réquisitoire introductif ou supplétif¹⁴⁷⁸ et, en cas de découverte d'un fait nouveau, il doit en aviser le procureur de la République, lequel décidera de la suite à donner. Par conséquent, si une juridiction est saisie

¹⁴⁷⁷ CA Paris 6 mai 1997 : BOCC 8 juill. 1997, p. 12.

¹⁴⁷⁸ Art. 80 al. 1 C. proc. pén.

seulement d'une des infractions en concours réel, elle ne peut pas étendre sa compétence aux autres infractions non comprises dans la saisine, sauf à admettre la connexité¹⁴⁷⁹ car le juge peut valablement s'intéresser à tous les faits connexes au fait principal¹⁴⁸⁰.

418. Concours homogène aggravant. Ces observations devraient donc valoir également à propos du concours réel spécial dans lequel le législateur punit plus sévèrement la commission habituelle de la même infraction. Cependant, une conclusion différente pourrait s'imposer si l'on admettait qu'il y a dans cette hypothèse une circonstance aggravante d'habitude, en raison du particularisme de ces circonstances. De nombreux auteurs estiment en effet que les juridictions pénales peuvent relever d'office la circonstance aggravante qui accompagne les faits dont elles sont saisies¹⁴⁸¹ car elles ne constituent pas un fait nouveau. Et la Cour de cassation rappelle que « s'il est interdit aux juges de statuer sur des faits distincts autres que ceux qui leur étaient déférés, il leur appartient de retenir tous ceux qui, bien que non expressément visés dans le titre de la poursuite, ne constitueraient que des circonstances du fait principal, se rattachant à lui et propres à la caractériser et à lui restituer sa véritable qualification »¹⁴⁸². Dans ce raisonnement, la circonstance aggravante n'est pas un fait nouveau mais simplement une circonstance dépendante du fait principal avec laquelle elle forme une seule infraction. Elle se rattache au fait déféré aux juges : elle n'est pas étrangère mais s'incorpore à lui de sorte que les juges peuvent en tenir compte même si elle n'est pas visée expressément dans l'acte de saisine¹⁴⁸³. Néanmoins la saisine *in rem* a pour objet, non une infraction, mais des faits. Par conséquent, cette jurisprudence est critiquable au sens où, si la circonstance aggravante consiste en une infraction, elle constitue bien évidemment un fait distinct. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la cour d'assises saisie d'un meurtre accompli en concomitance avec un autre crime ou un délit est tenue de poser une question pour le premier meurtre, puis une seconde pour la seconde infraction, et enfin une troisième relative à l'existence de la circonstance aggravante¹⁴⁸⁴ car même si les crimes ou

¹⁴⁷⁹ *Supra*, n°407 et s.

¹⁴⁸⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1047 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, 2010, n°122 et 449.

¹⁴⁸¹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°651 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°334 et 507 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1047 ; B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, *op. cit.*, n°31 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°659 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°449.

¹⁴⁸² Cass. crim. 2 juin 1855 : *D.* 1855, 1, p. 319 ; 7 août 1950 : Bull. crim. n°235 ; 27 juill. 1970 : Bull. crim. n°249 ; 9 juill. 1980 : Bull. crim. n°222 ; 13 mars 1984 : JCP 1985, II, 20482, note J.-F. PANSIER.

¹⁴⁸³ Par ex. Cass. crim. 23 juill. 1962 : Bull. crim. n°252.

¹⁴⁸⁴ Cass. crim. 13 sept. 2000 : inédit, pourvoi n°00-80183.

les délits sont liés au meurtre, « ils n'en conservent pas moins leur individualité propre, et pour devenir aggravants, il faut qu'ils soient »¹⁴⁸⁵. Dès lors il semble critiquable, tout au moins du point de vue de la saisine *in rem*, que la juridiction s'en saisisse d'office car elle ne constitue plus seulement un aspect de l'infraction principale, comme pourrait l'être une circonstance aggravante d'effraction, etc. Certes, selon la théorie de l'infraction aggravée, la circonstance aggravante ne consiste pas dans l'infraction antérieurement commise mais dans le penchant délictueux de l'auteur ; toutefois, admettre que la juridiction puisse connaître de la circonstance aggravante, c'est-à-dire de l'infraction précédemment commise, reviendrait à admettre qu'elle puisse se saisir de l'autre infraction non comprise dans la saisine, même si théoriquement, cette infraction ne sert que de preuve de ce penchant délictueux. L'avantage de cette conception est que si les autorités de poursuites n'ont déclenché l'action publique que pour un seul des faits, cette erreur pourrait être compensée par la possibilité de se saisir du fait méconnu en tant que circonstance aggravante de l'autre infraction. Cette idée vaut d'ailleurs toutes les fois où la loi qualifie d'infraction aggravée un cas de concours réel¹⁴⁸⁶.

Par conséquent, pour qu'une juridiction saisie d'une seule des infractions en concours puisse connaître de l'autre ou des autres infractions, il semble préférable d'admettre que cette hypothèse constitue un cas de connexité.

419. Conclusion sur la compétence matérielle. L'unité juridique de l'habitude devrait donc permettre à la juridiction pénale saisie de l'un des éléments constitutifs de l'habitude de connaître de l'ensemble, afin de sanctionner l'habitude en tant que telle. Cette idée est cependant parfois difficile à mettre en œuvre. Si l'infraction d'habitude et la réitération ne suscitent en effet pas de difficultés particulières, la récidive et le concours réel d'infractions ont en revanche posé plusieurs questions. S'agissant tout d'abord de la récidive, il est admis que le juge peut connaître de l'état de récidive non visé dans la citation, à condition que les droits de la défense soient respectés. S'agissant ensuite du concours réel, le juge saisi de l'une des infractions ne peut théoriquement pas connaître de l'autre en raison du principe de saisine *in rem*. Il faudrait alors, pour permettre une appréhension globale de l'habitude, considérer que le concours réel d'infractions (général ou spécial) est un cas de connexité, ayant pour effet une jonction de procédure.

¹⁴⁸⁵ E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 304, n°43.

¹⁴⁸⁶ *Supra*, n°64.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'unité juridique de l'habitude pénale devait nécessairement avoir une influence sur les conditions procédurales de sa répression. Admettre que l'habitude est une entité juridique distincte des comportements qui la composent implique en effet qu'elle soit dotée de modalités de répression autonome. Ces modalités doivent alors être déterminées au regard de l'ensemble des comportements et non s'appliquer individuellement à chacun d'eux.

Cette idée s'applique d'abord aux modalités de fond de répression de l'habitude. S'agissant d'une part des règles de participation à l'habitude, s'est posée la question de savoir si la participation à un seul des comportements constitutifs de l'habitude peut être réprimée ou si, à l'inverse, il faut accomplir plusieurs actes. En matière de coaction, il a semblé que l'on ne pouvait être coauteur d'une habitude pénale qui si l'on avait accompli soi-même l'ensemble des actes nécessaires. Cette solution, justifiée par la nature juridique particulière de la coaction, n'est donc pas forcément applicable à la complicité. Ainsi, il est possible de se rendre complice d'une habitude en ne s'étant associé qu'à un seul des actes. Toutefois, si la jurisprudence applique cette solution sans aucune restriction, il apparaît nécessaire de subordonner cette répression à l'existence d'un fait principal punissable au moment de l'acte de complicité et à la conscience du complice de s'associer à une habitude. La participation à un seul comportement emporte alors la participation à l'ensemble. Cette logique se retrouve également lorsque la loi crée des liens de dépendance entre plusieurs infractions et que l'une d'entre elles est un élément constitutif de l'habitude, car l'unité juridique de l'habitude permet de communiquer l'aggravation de peine résultant de la récidive à une personne qui n'a pas participé à l'une des infractions composant la récidive mais seulement à une infraction dépendante. S'agissant d'autre part des règles de localisation de l'habitude pénale, l'unité juridique de l'habitude permet de localiser l'ensemble des comportements en un seul moment et en un seul endroit. Ainsi, l'on a pu constater que l'habitude se localise dans le temps au moment du dernier acte accompli ; dans l'espace, elle peut être entièrement localisée dans tout lieu où s'est déroulé un de ses éléments constitutifs.

L'idée selon laquelle les modalités de répression de l'habitude doivent être appliquées à l'habitude en tant qu'ensemble indivisible a ensuite pu être vérifiée à propos des modalités procédurales de répression de l'habitude, tant en ce qui concerne les règles de poursuite que les règles de compétence juridictionnelle. Les règles de poursuites de l'habitude pénale sont en effet déterminées par rapport à l'ensemble des comportements, ce qui implique la

possibilité de poursuivre tous les éléments de cet ensemble. En outre, dans cette même logique, les règles de compétence territoriale et matérielle sont adaptées à l'existence de plusieurs comportements au sens où, le juge saisi de l'un des éléments constitutifs de l'habitude peut étendre sa compétence à tous les autres. L'unité juridique de l'habitude, imposant d'envisager les modalités de répression de l'habitude à l'égard de cet ensemble des comportements, permet donc une répression efficace.

CONCLUSION DU TITRE 1

La structure particulière de l'habitude pénale, qui est un ensemble de comportements, a une réelle incidence sur son régime juridique. En effet, l'habitude peut être appréhendée sous deux angles différents. D'un côté, elle est formée d'une pluralité de comportements. Par conséquent, les conditions de répression de l'ensemble vont être influencées par cette pluralité au sens où, pour déterminer le régime juridique de l'ensemble, il faudra en partie se référer au régime juridique de chaque élément. De l'autre, l'habitude n'est pas la simple juxtaposition de comportements mais bel et bien une entité juridique autonome dotée de règles autonomes. Il fallait donc savoir comment ces deux propositions pouvaient s'articuler et selon quel critère. Il a semblé que l'objet des règles de répression permettait de rationaliser ces deux types d'influences. Tandis que les conditions de la répression de l'habitude devaient s'appliquer isolément à chaque comportement, les modalités de cette répression pouvaient en revanche s'appliquer à l'ensemble nouvellement formé.

Ainsi, dans un premier temps, l'on a pu constater l'influence de la pluralité matérielle des comportements sur les conditions de répression de l'habitude. Lorsqu'il s'agit de vérifier que les conditions de répression de l'habitude sont bien remplies, autrement dit qu'il n'y a aucun obstacle de fond ou de forme à la répression de l'habitude, les règles concernées doivent s'appliquer individuellement à chaque comportement. S'agissant tout d'abord des conditions de fond, on a pu voir que l'amnistie et l'abrogation de la loi pénale avaient pour effet de rendre une infraction non punissable. Par conséquent, lorsqu'une des infractions formant l'habitude est atteinte par une telle cause de non-punissabilité, elle ne peut logiquement plus faire partie de l'ensemble, ce qui conduit à l'alternative suivante : soit l'habitude comporte seulement deux comportements auquel cas l'ensemble n'est plus punissable ; soit elle en comporte trois ou plus, auquel cas la non-punissabilité de l'un d'entre eux ne fait pas obstacle à la répression de l'ensemble. S'agissant ensuite des conditions de forme, il est apparu que la répression de l'habitude était subordonnée à l'absence de cause d'extinction de l'action publique affectant l'un des comportements, plus particulièrement en cas de prescription ou de chose jugée. La répression de l'habitude est donc dépendante de la répression des comportements qui la composent.

Dans un second temps, il fallait étudier l'influence de l'unité juridique de l'habitude sur sa répression. Cet aspect est de loin le plus important puisqu'il met en évidence l'autonomie du régime de l'habitude, celui-ci ne dépendant pas du régime de chaque

comportement constitutif de l'habitude. Une fois la certitude acquise que l'habitude peut être réprimée, les modalités de cette répression doivent en effet être envisagées au regard de l'ensemble et non au regard des comportements pris isolément. S'agissant tout d'abord des modalités de fond, il est en effet apparu que les règles de participation à l'habitude devaient être adaptées. L'unité juridique de l'habitude a ainsi une influence sur la répression de la coaction, de la complicité et des infractions dépendantes par la peine. En outre, le fait que l'habitude soit un ensemble juridiquement autonome se répercute sur sa localisation dans le temps et dans l'espace. En effet, l'habitude peut être localisée en un seul moment et en un seul endroit même si les comportements qui la composent se sont déroulés sous l'empire de lois différentes ou dans des pays distincts. S'agissant ensuite des modalités de procédure, on a pu constater l'incidence de l'unité juridique sur les règles de poursuite et de compétence juridictionnelle. En effet, pour que les juridictions pénales puissent connaître de l'habitude dans son ensemble, certaines règles sont adaptées ou devraient l'être, et il devrait suffire par exemple qu'une juridiction soit saisie de l'un des comportements pour pouvoir connaître de l'ensemble.

Ainsi, en tant qu'ensemble juridiquement autonome, l'habitude pénale est dotée de règles propres. Soumise à des conditions de répression adaptées à sa structure, elle constitue une institution efficace et utile. Pour être totalement efficace, il ne manque toutefois plus qu'à l'habitude d'être dotée de sanctions particulières. Aux conditions particulières de répression viendraient alors s'ajouter des effets spécifiques. Or, l'élément qualifiant de l'habitude étant le lien entre les comportements, c'est logiquement ce lien qui justifie une sanction particulière de l'habitude. Il faut donc s'intéresser à l'influence du lien unissant les comportements sur la sanction de l'habitude.

TITRE 2 : L'INFLUENCE DU LIEN UNISSANT LES COMPORTEMENTS SUR LA SANCTION DE L'HABITUDE PENALE

420. Fondements de la sanction aggravée de l'habitude. Les comportements répétés sont traités par le droit pénal au sein d'un même ensemble – l'habitude – en raison du lien qui les unit¹⁴⁸⁷. Puisque ce lien juridique constitue l'élément qualifiant de l'habitude, il faut en déduire qu'il va justifier la sanction particulière de l'habitude. En suivant l'idée selon laquelle le lien unissant les comportements répétés aura une influence sur la sanction de l'habitude, il convient de rappeler ici la pluralité de fondements de l'habitude. D'abord, le lien substantiel est une condition générale de l'habitude, qui se retrouve dans toutes les institutions. Ce lien est à la fois un rapport d'analogie et un rapport temporel¹⁴⁸⁸. Il est ainsi apparu au législateur que lorsque les comportements répétés sont analogues et unis dans le temps, il convient de les traiter ensemble car ils traduisent une criminalité particulière de l'auteur qui mérite de leur conférer une sanction particulière. En effet, rien ne sert de donner naissance à une nouvelle entité juridique autonome si ce n'est pour lui attribuer des sanctions propres. L'originalité de cette sanction est, la plupart du temps, d'être plus grave que l'addition des sanctions de chacun des actes la composant¹⁴⁸⁹. Tout l'intérêt de l'habitude est alors de disposer d'une sanction supérieure à celle que son auteur encourrait si l'on traitait les comportements séparément. La sanction de l'habitude est donc une sanction aggravée, fondée sur le lien substantiel unissant les comportements qui la forment.

Toutefois, il ne faut pas oublier qu'à cette condition générale de l'habitude vient parfois s'ajouter une condition particulière propre à la récidive et la réitération d'infractions : l'existence d'une condamnation entre les infractions¹⁴⁹⁰. Ce lien procédural a lui aussi une influence sur la sanction de l'habitude car le droit pénal considère que celui qui accomplit une nouvelle infraction après avoir été condamné pour une autre manifeste un mépris envers les valeurs sociales qu'il convient de sanctionner de manière rigoureuse. L'existence d'une condamnation entre les infractions a donc un impact sur la sanction de l'habitude dans la

¹⁴⁸⁷ *Supra*, n°142 et s.

¹⁴⁸⁸ *Supra*, n°146 et s.

¹⁴⁸⁹ En ce sens : J. LARGUIER, « Théorie des ensembles » et qualification pénale », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 95, spéc., p. 96 : « Quant à la peine, la récidive, ou même dans certains cas le concours matériel quand il constitue une circonstance aggravante, font que l'existence de deux infractions peut conduire à l'application d'une peine plus grave que la somme des deux peines normalement encourues [...] ».

¹⁴⁹⁰ *Supra*, n°238 et s.

mesure où les habitudes qui comportent ce lien procédural sont plus sévèrement punies que celles qui ne le comportent pas.

421. Plan du Titre 2. Ainsi, la spécificité et l'intérêt de la sanction de l'habitude résident dans le fait qu'elle est à la fois marquée par l'influence du lien substantiel (Chapitre 1) et du lien procédural unissant les comportements (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction de l'habitude pénale

422. Influence du lien d'analogie et temporel. L'élément qualifiant général de l'habitude pénale étant le lien substantiel qui unit les comportements, il est normal que ce lien rejaillisse sur la sanction. Ce lien comprend deux aspects complémentaires : un aspect qualitatif et un aspect quantitatif. En premier lieu, qualitativement¹⁴⁹¹, les comportements répétés sont traités ensemble par le droit pénal en raison de leur analogie car il apparaît que celui qui commet plusieurs fois le même acte requiert une sanction spécifique. Cette idée est partiellement fondée sur des considérations criminologiques. En effet, les criminologues se sont interrogés sur la « spécialisation » des délinquants qui, du point de vue de l'analogie des infractions, peuvent être classés en deux catégories. Tandis que les délinquants « homotropes »¹⁴⁹² commettent toujours la même infraction ou la même catégorie d'infractions¹⁴⁹³, les délinquants « polytropes »¹⁴⁹⁴ accomplissent des infractions variées. Les criminologues ne sont toutefois pas d'accord sur le point de savoir lesquels sont les plus « dangereux ». Certains estiment que le délinquant homotrope est plus dangereux car il est plus difficile de parvenir à neutraliser le délinquant qui commet obsessionnellement la même infraction¹⁴⁹⁵. D'autres considèrent à l'inverse que le délinquant polytrope est plus nocif, non seulement parce qu'il manifeste une aversion à l'encontre de toutes les valeurs sociales¹⁴⁹⁶, mais aussi parce que la diversité des infractions commises le rend plus imprévisible que le

¹⁴⁹¹ Il ne sera pas traité de l'absence de lien de causalité entre les comportements (*supra*, n°190 et s.) car c'est une condition négative de l'habitude, qui ne peut donc pas servir de fondement à la sanction.

¹⁴⁹² J. BELEZZA DOS SANTOS, « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC* 1954, p. 687, spéc. p. 699.

¹⁴⁹³ Ici le critère utilisé peut être la valeur sociale protégée par le droit pénal. Sur ce thème, v. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.* ; E. BARON, C. CLAVERIE, et M.-A. RAYMOND, « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 17.

¹⁴⁹⁴ J. BELEZZA DOS SANTOS, « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC* 1954, p. 687, spéc. p. 699.

¹⁴⁹⁵ H. BEKAERT, « Les principes de la récidive dans le droit pénal classique », *RDPC* 1939, p. 147, spéc. p. 201. Pour établir la « témébilité objective » de l'agent, il faut envisager l'importance, la multiplicité et la fréquence, ainsi que l'analogie de toutes les infractions commises. La spécificité des infractions est un facteur dans l'appréciation de la témébilité objective du délinquant. Il permet de la déterminer avec une approximation plus grande ».

¹⁴⁹⁶ GAROFALO considérait que celui qui a une activité criminelle diversifiée est plus dangereux que celui qui se spécialise : « un homme qui, après avoir été voleur, devient meurtrier, donne une preuve incontestable qu'il ne possède pas plus le sentiment de pitié que celui de la probité, c'est-à-dire qu'il est dépourvu de tout sentiment altruiste fondamental, qu'il est donc tout à fait insociable, et que, par conséquent, l'élimination doit être absolue » (*La criminologie, op. cit.*, p. 356.). PRINS était également de cet avis, estimant que celui qui commet des actes de violences et de vols « n'en est que plus redoutable » (*Science pénale et et droit positif, op. cit.*, § 522).

délinquant homotrope. Sans forcément prendre parti sur cette question, le droit pénal a choisi de réserver une sanction particulière à celui qui répète des infractions analogues. La situation du délinquant qui viole plusieurs fois la même prescription légale, si elle n'est pas forcément révélatrice du penchant délictueux de son auteur¹⁴⁹⁷, illustre tout de même une persévérance qui justifie un traitement particulier. Bien évidemment cette analogie peut prendre des formes variées¹⁴⁹⁸, et les différences d'intensité de ces liens parmi les institutions d'habitude vont nécessairement se ressentir sur les sanctions.

En second lieu, les comportements répétés sont unis par un lien temporel. S'ils ne doivent pas être trop rapprochés dans le temps¹⁴⁹⁹, ils ne doivent pas non plus être trop éloignés, à défaut de quoi ils ne mériteraient plus d'être traités ensemble¹⁵⁰⁰. Le droit pénal prévoit en effet une sorte de « droit à l'oubli » d'une infraction¹⁵⁰¹ lorsqu'elle est trop éloignée de l'autre (ou des autres). Ici encore, cette idée repose partiellement sur le fait que celui qui s'abstient de commettre des infractions pendant une longue période n'est pas aussi dangereux que celui qui en commet régulièrement. Le premier serait alors moins un délinquant d'habitude qu'un délinquant « multi occasionnel »¹⁵⁰². Tenant compte de cette distinction, le droit pénal a donc choisi de traiter ensemble les comportements répétés qui ne sont pas séparés par une durée trop longue – durée variable en fonction de la gravité des actes accomplis – afin de les doter d'une sanction spécifique.

423. Plan du Chapitre 1. Ainsi, tant le lien d'analogie que le lien temporel justifient que l'habitude soit sanctionnée plus sévèrement que les comportements pris isolément. Concrètement, cette idée se vérifie lorsque l'on compare les sanctions des différentes habitudes : selon l'intensité de ce lien substantiel, la sanction sera plus ou moins forte. Pour le démontrer efficacement, encore faut-il s'assurer que l'intensité du lien substantiel est le seul paramètre qui diffère entre les institutions concernées. En cas contraire, il serait impossible de se prononcer sur son rôle. Aussi l'influence du lien substantiel sera démontrée, d'une part, à propos des habitudes pénales non judiciaires (Section 1), puis d'autre part, à propos des habitudes pénales judiciaires (Section 2).

¹⁴⁹⁷ *Supra*, n°86, 93 et s., 106 et 118 sur la distorsion entre la répétition et la dangerosité.

¹⁴⁹⁸ *Supra*, n°149 et s.

¹⁴⁹⁹ L'habitude requiert en effet une absence de concomitance entre les comportements : *supra*, n°206 et s.

¹⁵⁰⁰ V. cependant l'exception en matière de récidive de crime à crime, qui est perpétuelle : *supra*, n°225 et s.

¹⁵⁰¹ Sur ce thème, v. C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, *op.cit.*

¹⁵⁰² *Supra*, n°93.

Section 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales non judiciaires

424. Sanctions de l'infraction d'habitude, du concours réel et de l'habitude circonstance aggravante. Parmi les cinq institutions d'habitude, trois d'entre elles peuvent être qualifiées d'habitudes pénales non judiciaires car elles ne comportent pas de condamnation pénale entre les comportements¹⁵⁰³ : l'infraction d'habitude, le concours réel et l'habitude circonstance aggravante – cas particulier de concours réel –. L'étude des sanctions de ces habitudes va mettre en évidence l'influence du lien substantiel, ou presque exclusivement l'influence de l'analogie entre les comportements. Toutefois, en raison des différences tenant à la licéité des comportements composant ces habitudes, il convient de traiter séparément la sanction de l'infraction d'habitude (§ 1) de la sanction des concours réels d'infractions (§ 2).

§ 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction de l'infraction d'habitude

425. Sanction aggravée. L'idée selon laquelle l'habitude est un ensemble de comportements distinct de la somme des comportements qui la composent a une incidence particulière en matière de sanction. Elle implique en effet que la sanction de l'habitude soit plus grave que la somme des sanctions applicables à chaque comportement. Cela se vérifie incontestablement en matière d'infraction d'habitude. En effet, chaque comportement pris isolément n'étant pas punissable, la somme de deux comportements non punissables ne devrait pas non plus être punissable. Or, le fait de regrouper ces comportements au sein de l'infraction d'habitude leur confère des effets particuliers puisque l'ensemble constitue une infraction, généralement un délit¹⁵⁰⁴, passible de peines d'emprisonnement et/ou d'amende.

Par exemple, si le mari d'une femme enceinte la fait accoucher tout seul à leur domicile, il commet un acte d'exercice illégal de la profession de sage-femme¹⁵⁰⁵, mais comme il s'agit d'une infraction d'habitude, il n'encourt aucune peine pour cet acte isolé. Cette affirmation vaut ainsi toutes les fois que l'on envisage l'acte isolément. Or, le fait que le

¹⁵⁰³ *Supra*, n°240.

¹⁵⁰⁴ V. la liste des infractions d'habitude : *supra*, n°14.

¹⁵⁰⁵ Infraction prévue à l'art. L. 4161-3 2° C. santé publ. Est incriminé le fait de pratiquer habituellement des actes mentionnés à l'article L. 4151-1 sans remplir les conditions nécessaires, c'est-à-dire notamment la pratique de l'accouchement.

droit pénal choisisse de traiter ensemble de tels actes a pour conséquence de les intégrer dans une nouvelle entité qui constitue une infraction à part entière. L'infraction d'habitude est alors dotée d'une sanction supérieure à la somme des sanctions des actes isolés puisque dans l'exemple, le mari qui accomplit deux actes ou plus d'exercice illégal de la profession de sage-femme encourt deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende¹⁵⁰⁶.

C'est donc l'accomplissement d'un acte juridiquement identique¹⁵⁰⁷ dans un certain délai qui justifie une sanction plus sévère de l'ensemble des actes. Il faut, en outre, remarquer que la sanction encourue sera la même quel que soit le nombre d'actes accompli. Qu'il y ait seulement deux actes ou plus d'une centaine¹⁵⁰⁸, il n'y a qu'une seule infraction d'habitude¹⁵⁰⁹ et le *quantum* légal de la peine est identique même si le nombre d'actes accompli pourra être pris en compte par le juge pénal au stade de l'individualisation de la peine.

426. Comparaison avec l'infraction complexe *stricto sensu*. On pourrait alors se demander si l'infraction d'habitude présente un régime spécifique, et plus particulièrement quelle différence faire entre la sanction de l'infraction d'habitude et celle de l'infraction complexe. S'agissant d'abord des infractions à l'élément matériel réitéré comme le harcèlement moral, le harcèlement sexuel ou les appels téléphoniques malveillants¹⁵¹⁰, la logique est la même dans la mesure où ces infractions requièrent également une répétition d'actes juridiquement identiques¹⁵¹¹, la différence avec l'infraction d'habitude tenant à ce que les infractions à l'élément matériel réitéré exigent pour leur constitution une identité de victime là où l'infraction d'habitude reste indifférente à l'identité ou la pluralité de victimes¹⁵¹². Dans ces infractions, les actes isolés sont donc licites, et c'est leur répétition à l'encontre de la même victime qui les rend punissables et justifie une sanction. La sanction est donc également fondée sur le lien d'analogie.

La question se pose en des termes différents s'agissant de l'infraction complexe *stricto sensu*¹⁵¹³. En effet, certaines infractions requièrent pour leur consommation

¹⁵⁰⁶ Art. L. 4161-5 C. santé pub.

¹⁵⁰⁷ Sur la distinction entre l'identité matérielle et l'identité juridique, v. *supra*, n°153.

¹⁵⁰⁸ V. par ex Cass. crim. 15 mars 1990 : inédit, pourvoi n°87-82456. Une personne exerçait illégalement la profession de médecin en accomplissant des actes de chiropraxie sans les diplômes nécessaires durant plusieurs années, elle avait donc accompli des centaines d'actes.

¹⁵⁰⁹ *Supra*, n°123 et s.

¹⁵¹⁰ Pour une liste, v. *supra*, n°110 et s.

¹⁵¹¹ *Supra*, n°154.

¹⁵¹² *Supra*, n°157.

¹⁵¹³ Ne sont visées ici que les infractions pour lesquelles le législateur requiert l'accomplissement d'actes différents. La dénomination « infractions complexes *stricto sensu* » a été choisie pour éviter toute ambiguïté,

l'accomplissement de plusieurs actes, comme l'infraction d'habitude, mais à la différence de celle-ci, sans que les actes aient à être identiques. Pourtant, l'accomplissement de ces actes de nature différente, non punissables isolément, a également pour effet de former une infraction. La doctrine donne souvent l'exemple de l'escroquerie : dans ce cas, la sanction de l'escroquerie serait fondée sur l'accomplissement d'actes de nature différente, comme l'usage d'un faux nom d'une part et l'acceptation de la remise du bien d'autre part. Ainsi, comme pour l'infraction d'habitude, la sanction de l'ensemble est plus sévère que la sanction des actes pris isolément. Cela étant, ce n'est pas parce qu'un tel mécanisme n'est pas spécifique à l'infraction d'habitude qu'il remet en cause l'idée selon laquelle c'est le lien substantiel qui fonde la sanction de l'ensemble des comportements déviants formant l'infraction d'habitude.

Ainsi, lorsque les comportements ne sont pas punissables isolément, leur addition et leur regroupement au sein d'un ensemble crée une infraction, et dote alors l'ensemble des actes d'une sanction plus sévère que s'ils étaient envisagés isolément. C'est bien la preuve que le lien substantiel a une influence sur la sanction de l'habitude.

427. Infraction d'habitude et politique criminelle. C'est la raison pour laquelle le législateur peut recourir à l'infraction d'habitude pour moduler sa politique criminelle et ainsi réserver un sort particulier à celui qui commettra un comportement deux fois ou plus. Le recours à l'infraction d'habitude est ainsi un instrument technique parmi d'autres permettant de mettre en œuvre certains choix de politique criminelle, soit dans le sens de la pénalisation, soit dans le sens de la dépenalisation¹⁵¹⁴.

D'abord, le législateur peut dépenaliser certains comportements : pour ce faire, il peut transformer des infractions simples en infractions d'habitude car certains comportements apparaissent moins graves qu'auparavant, notamment en fonction de l'évolution des valeurs dans la société, raison pour laquelle ils sont moins sévèrement punis. Par exemple, la célébration par un ministre du culte d'un mariage religieux sans mariage civil préalable est

dans la mesure où les infractions d'habitude sont une catégorie particulière d'infraction complexe (*supra*, note de bas de page n°471).

¹⁵¹⁴ Le professeur MAYAUD a ainsi pu dire que : « Les infractions d'habitude ne dépendent pas d'une technique imposée, mais de la pure politique criminelle, ce qui explique que la matière soit protéiforme et changeante. Protéiforme pour se présenter assez souvent sous les traits de la diversité, certaines familles d'infractions ne relevant pas toujours de la même conception (...). Changeante, lorsque le législateur passe d'une catégorie d'infraction à une autre. Ce mouvement est d'ailleurs fort intéressant pour traduire la manière dont la criminalité ou la délinquance est politiquement comprise, selon que le changement opéré est à l'avantage de l'infraction simple ou de l'infraction d'habitude » (*Droit pénal général, op. cit.*, n°207).

passée de la qualification d'infraction simple¹⁵¹⁵ à celle d'infraction d'habitude avec le nouveau Code pénal¹⁵¹⁶.

A l'inverse, un comportement qui était une infraction d'habitude peut être transformé en infraction simple. Par exemple, l'usure, autrefois délit d'habitude¹⁵¹⁷, a été transformée en infraction simple¹⁵¹⁸ punissable dès le premier acte. De même, la tenue d'une maison de prêt sur gage¹⁵¹⁹ ou encore le démarchage bancaire ou financier ne sont plus des infractions d'habitude mais des infractions simples¹⁵²⁰. La loi du 18 mars 2003 a modifié l'article 222-16 du Code pénal : alors qu'avant, la condition de réitération concernait à la fois les appels téléphoniques malveillants et les agressions sonores, le législateur a décidé de ne maintenir cette condition que pour la première hypothèse. Autrement dit, une agression sonore occasionnelle tombe désormais sous le coup de la loi pénale, ce qui est plus sévère qu'auparavant. La réception de paris clandestins sur les courses de chevaux, autrefois délit d'habitude, a été transformée en infraction simple par une loi du 24 mai 1951¹⁵²¹. C'est également le cas pour la provocation à la commission d'un crime ou d'un délit¹⁵²². La pénalisation peut même se faire de manière radicale : ainsi, le recel de malfaiteurs, autrefois infraction d'habitude¹⁵²³, est désormais une infraction simple punie d'une peine aggravée en cas de commission habituelle¹⁵²⁴.

Ains, la sanction de l'infraction d'habitude est fondée sur l'analogie des actes qui la composent. Cette analogie va en effet avoir pour effet de doter l'ensemble d'une sanction plus

¹⁵¹⁵ Art 199 et 200 ACP.

¹⁵¹⁶ Art. 433-21 C. pén.

¹⁵¹⁷ Art. 4 de la loi du 3 sept. 1807 et art. 2 de la loi du 19 déc. 1850.

¹⁵¹⁸ Décret-loi du 8 août 1935 ; infraction aujourd'hui définie à l'art. 313-5 du C. conso.

¹⁵¹⁹ Cass. crim. 8 oct. 1906 : Bull. crim. n°372, DP 1908, 1, 143 : « l'établissement ou la tenue d'une maison de prêts sur gages sans autorisation légale est un délit d'habitude, impliquant la répétition de plusieurs faits semblables ». Il s'agit bien d'une infraction d'habitude même si la jurisprudence postérieure l'a parfois qualifiée de délit continu : Cass. crim. 28 nov. 1957 : Bull. crim. n°783 ; CA Dakar, 7 juill. 1955 : D. 1956, p. 64, note J. LARGUIER.

¹⁵²⁰ L'art. 2 de la loi du 3 janvier 1972 définissait l'activité de démarchage comme « le fait de se rendre habituellement au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leur lieu de travail, ou dans les lieux publics en vue de conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente de valeurs mobilières ». Aujourd'hui, l'art. L. 341-1 du code monétaire et financier considère que « constitue également un acte de démarchage bancaire ou financier [...] le fait de se rendre physiquement au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers ». La condition d'habitude a donc été supprimée.

¹⁵²¹ Loi n°51-681 du 24 mai 1951 modifiant l'art. 4 de la loi n°1891-06-02 du 2 juin 1891 ; v. Cass. crim. 24 janv. 1957, Bull. n°79 ; D. 1957, p. 291.

¹⁵²² Depuis la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, l'article 227-21 alinéa 1 n'exige plus l'habitude.

¹⁵²³ Art. 61 ACP.

¹⁵²⁴ Art. 434-6 C. pén.

sévère que la somme des actes pris isolément. Cette idée devrait donc s'appliquer également aux concours réels d'infractions qui reposent sur cette même condition d'analogie.

§ 2 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des concours réels d'infractions

428. Distinction entre concours homogène et concours hétérogène. Le concours réel d'infractions est formé « lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction »¹⁵²⁵. Le concours réel ne comporte pas de condition d'analogie si bien que les infractions qui le composent peuvent être de nature très variée, auquel cas il semble difficile d'admettre qu'il s'agit véritablement d'une habitude¹⁵²⁶. Il faudrait alors distinguer entre le concours hétérogène, pour lequel les infractions sont de nature différente, du concours homogène pour lequel les infractions sont identiques, seule cette dernière catégorie répondant à la définition de l'habitude. Or, il se trouve que le législateur consacre déjà implicitement cette distinction lorsqu'il sanctionne plus sévèrement le concours réel homogène que le concours réel hétérogène en utilisant ce qu'il est communément convenu d'appeler « la circonstance aggravante d'habitude ». L'influence du lien d'analogie sur la sanction de l'habitude se manifeste ainsi de manière incontestable lorsque l'on compare le concours réel classique et l'habitude circonstance aggravante. Mais le domaine de la circonstance aggravante d'habitude étant limité à une dizaine d'infractions, l'influence de cette analogie sur la sanction du concours réel reste assez limitée, c'est pourquoi il faudrait penser à étendre son domaine et, pourquoi pas, à la généraliser. Ainsi, après avoir étudié les manifestations de cette influence (A), il faudra en tirer les conséquences sur la sanction du concours réel *de lege ferenda* (B).

A. Les manifestations de l'influence du lien substantiel sur la sanction des concours réels

429. Choix parmi les trois systèmes envisageables. Théoriquement, trois systèmes de règlement du concours réel d'infractions sont envisageables (1). Or, en droit français, le choix pour l'un ou l'autre de ces systèmes est influencé par l'existence d'une analogie entre les

¹⁵²⁵ Art. 132-2 C. pén. V. *supra*, n°98.

¹⁵²⁶ *Supra*, n°180.

infractions en concours (2), ce qui tend à prouver que la sanction de l'habitude repose bien sur cette analogie.

1. Les différents systèmes de règlement du concours réel d'infractions

430. Le système du cumul matériel. Trois systèmes sont concevables pour régler le concours réel d'infractions. Le premier est celui du cumul matériel des peines, parfois appelé système « de l'addition »¹⁵²⁷. Il consiste à prononcer toutes les condamnations et à faire exécuter toutes les peines qui, en quelque sorte s'additionnent. L'avantage de ce système est de punir le délinquant « proportionnellement » au nombre d'infractions commises. Il est fondé sur l'idée que celui qui commet plusieurs infractions mérite d'être traité plus sévèrement que celui qui n'en commet qu'une seule. Toutefois, ce système de l'addition est généralement condamné par les criminalistes car il aboutit à une répression très sévère et entraîne même dans certains cas une impossibilité matérielle d'exécuter la peine. En effet, le cumul des différentes peines privatives de liberté peut dépasser la durée de vie du condamné, et celui des amendes aboutir à une entière confiscation de ses biens. Un tel système est souvent qualifié de ridicule, voire d'absurde¹⁵²⁸. LE POITTEVIN considérait notamment que le cumul matériel des peines « n'établit pas une répression adéquate au délit car la réitération de faits indique certainement un degré plus grand de perversité et doit par suite motiver une élévation du taux de la peine ; mais dès que l'habitude est constatée, peu importe le nombre exact de faits »¹⁵²⁹. Selon lui, si un vol à l'étalage était sanctionné d'un mois de prison, il serait critiquable de sanctionner de trois mois celui qui a en commis trois et huit mois celui qui en a commis huit, car entre ces deux hypothèses « il n'y a qu'une nuance bien légère : dans les deux cas, on est en présence d'un voleur d'habitude qui, toutes les fois qu'il en a l'occasion, s'est approprié les objets se trouvant à sa portée »¹⁵³⁰. Malgré ces critiques, ce système est pourtant appliqué par plusieurs législations étrangères.

Le Code pénal espagnol adopte ainsi le cumul matériel des peines mais avec des modalités particulières : soit les peines correspondant aux diverses infractions ne peuvent pas être accomplies simultanément, auquel cas elles seront exécutées successivement par leur

¹⁵²⁷ F. DE LABROUHE DE LABORDERIE, *Du cumul des délits en droit français*, Thèse Bordeaux 1907, p. 9.

¹⁵²⁸ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 461.

¹⁵²⁹ G. LE POITTEVIN, « Le principe de non-cumul des peines », *Journal des parquets*, t. 12, 1897, éd. Rousseau, p. 11-12.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

ordre décroissant de gravité, sans que le temps total de privation de liberté ne dépasse le triple du montant de la plus grave des peines¹⁵³¹. Soit les peines peuvent être accomplies simultanément (par exemple emprisonnement et amende) auquel cas le juge prononcera toutes les peines¹⁵³². En outre, si les infractions procèdent d'un plan concerté et violent la même disposition pénale ou des dispositions de nature égale ou comparable, une seule infraction est censée avoir été commise, et donc une seule peine est prononcée¹⁵³³. Cela correspond plus ou moins à la notion française d'infraction continuée¹⁵³⁴, si ce n'est qu'en France, elle est strictement limitée aux délits identiques.

431. Le système du non-cumul des peines. A l'opposé, on trouve le système du non-cumul des peines¹⁵³⁵, parfois appelé « système de l'absorption »¹⁵³⁶. Il consiste à prononcer une seule peine, celle qui était encourue pour l'infraction la plus grave. Ce système repose sur l'idée qu'il ne faut pas punir trop sévèrement les infractions en concours car, leur auteur n'ayant pas reçu l'avertissement solennel de la justice, il est donc moins coupable que le récidiviste¹⁵³⁷ ; en outre, cette clémence sanctionnerait l'inactivité des autorités de poursuites qui ne seraient pas parvenues à faire réprimer la première infraction avant que le délinquant en commette une ou plusieurs autres. Cependant, ce système est souvent critiqué car il serait trop favorable au délinquant. En effet, il pourrait l'inciter à commettre plusieurs infractions, étant donné qu'il bénéficie d'un « prix de gros ». Il a ainsi pu être souligné que le principe de non-cumul des peines « blesse l'équité, en plaçant sur la même ligne l'individu coupable de plusieurs délits de la même nature et celui qui n'en a commis qu'un seul ; il encourage la perversité en empêchant de sévir avec plus de vigueur contre l'individu qui a l'habitude du crime que contre celui qui n'a cédé qu'à un moment de faiblesse »¹⁵³⁸. L'agent qui a commis plusieurs infractions apparaît comme plus redoutable que celui qui n'en a commis qu'une seule¹⁵³⁹. Le système du non-cumul est alors contestable car il ne punit que l'infraction la

¹⁵³¹ Art. 76 du Code pénal espagnol.

¹⁵³² Art. 73 du Code pénal espagnol.

¹⁵³³ Art. 74 du Code pénal espagnol.

¹⁵³⁴ *Supra*, n°197.

¹⁵³⁵ Parfois appelé « non-cumul à l'état pur » (P. BONFILS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°39).

¹⁵³⁶ F. DE LABROUHE DE LABORDERIE, *Du cumul des délits en droit français*, op. cit., p. 14.

¹⁵³⁷ Sur cette idée et sa critique : v. *infra*, n°496 et s.

¹⁵³⁸ M. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, t. 2, éd. Larose, 3^{ème} éd., 1876, p. 331.

¹⁵³⁹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 3, Sirey, 3^{ème} éd., 1916, n°980.

plus grave¹⁵⁴⁰, de sorte que le délinquant a « carte blanche »¹⁵⁴¹ pour commettre d'autres infractions moins graves¹⁵⁴².

432. Le système du cumul juridique des peines. Face aux critiques encourues par les deux premiers systèmes, un dernier système, intermédiaire, est concevable : celui du cumul juridique des peines. Il consiste à ne prononcer qu'une seule peine pour l'ensemble des infractions en concours, mais une peine supérieure au maximum encouru pour l'infraction la plus grave. Ce système présente de nombreux avantages, c'est « le plus conforme aux principes qui doivent régir l'application des peines. Si en effet, il est inadmissible que le *quantum* de la peine s'élève exactement dans la même proportion que le nombre de condamnations, il n'en est pas moins certain que la multiplicité des faits augmente la culpabilité dans une certaine mesure ; il importe de plus que les malfaiteurs sachent que la réitération des méfaits ne restera pas impunie »¹⁵⁴³.

En France, une commission extraparlamentaire de 1887 a élaboré un projet de Code pénal dans lequel était adopté le principe du cumul juridique selon lequel le condamné exécutait seulement la peine la plus forte, mais aggravée, pour tenir compte de la pluralité d'infractions commises : le concours réel était ainsi une circonstance aggravante¹⁵⁴⁴. Ainsi par exemple, le projet prévoyait qu'en cas de concours de plusieurs crimes, « la peine la plus forte sera seule prononcée ; elle pourra être élevée de moitié au-dessus du maximum ». Cependant, ce projet n'a pas reçu l'écho du législateur.

433. Possibilité de « panacher » les différents systèmes. La Belgique semble avoir opté pour un mélange des trois systèmes : elle applique en effet le cumul matériel illimité pour les contraventions, le cumul matériel avec réduction pour les délits, et le non-cumul des peines en cas de pluralité de crimes, ou concours entre un crime et un délit ou une contravention, et enfin le cumul juridique (absorption avec aggravation) en cas de concours de

¹⁵⁴⁰ P. DELESTREE, *Cumul et non-cumul des infractions, confusion et réduction des peines*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1960, p. 17.

¹⁵⁴¹ A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., n°48.

¹⁵⁴² Egalement en ce sens : A.-M. LARGUIER, « Immunités et impunité découlant pour l'auteur d'une infraction d'infraction antérieurement commise par celui-ci », *JCP* 1961, 1601bis, n°8.

¹⁵⁴³ G. LE POITTEVIN, « Le principe du non-cumul de peines », *Journal des parquets*, t. 12, 1897, éd. Rousseau, p. 13

¹⁵⁴⁴ A. LE POITTEVIN, « Le projet de réforme du Code pénal », *Revue pénitentiaire* 1893, p. 186.

crimes¹⁵⁴⁵. Le législateur français a également « panaché » ces différents modèles¹⁵⁴⁶ et il apparaît que le choix pour l'un ou l'autre est guidé par le lien d'analogie unissant les infractions.

2. L'influence du lien d'analogie sur le choix du système

434. Peines applicables en cas de concours hétérogène et concours homogène.

L'influence du lien d'analogie sur la sanction de l'habitude est perceptible lorsque la sanction de deux infractions identiques en concours est plus grave que celle de deux infractions de nature différente. En effet, tandis que le concours hétérogène est gouverné par le principe du non-cumul des peines (a), le législateur a choisi d'appliquer le système du cumul juridique pour le concours homogène (b).

a) Le choix du non-cumul des peines pour le concours hétérogène

435. Principe et exception. Le Code pénal a choisi de consacrer la règle du « principe du non-cumul des peines »¹⁵⁴⁷, parfois appelé « principe de cumul limité »¹⁵⁴⁸ ou « cumul plafonné »¹⁵⁴⁹. Cependant, ce principe qui trouve à s'appliquer dans la majorité des cas (α), souffre de plusieurs exceptions (β), ce qui tend à remettre en cause sa pertinence.

a) Le principe du non-cumul des peines

436. Principe et application. La règle de non-cumul des peines s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les infractions en concours font l'objet d'une seule poursuite ou de poursuites successives¹⁵⁵⁰. C'est alors moins le principe en lui-même que ses modalités de mise en œuvre qui varient¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁵ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., n°571 ; D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, éd. La Chartre, 2^{ème} éd., 2006, p. 216 et s.

¹⁵⁴⁶ P. BONFILS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°39.

¹⁵⁴⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°837 et s.

¹⁵⁴⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n°487 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n°403 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 461.

¹⁵⁴⁹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit. n°676.

¹⁵⁵⁰ Cass. crim. 21 mars 1989 : Bull. crim. n°141 ; RSC 1990, p. 61, obs. A. VITU.

¹⁵⁵¹ C'est également vrai en droit belge car les règles qui gouvernent la détermination des peines en cas de concours matériel s'appliquent même si les infractions sont jugées successivement par des tribunaux différents (C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd. Bruylant, 2003, p. 432).

437. En cas de poursuite unique. En cas de poursuite unique, l'alinéa 1 de l'article 132-3 du Code pénal dispose que « lorsqu'à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé »¹⁵⁵². Deux enseignements peuvent être tirés de la lecture de cet article. D'abord, cela signifie que, contrairement à l'ancien Code pénal, les peines de nature différente, par exemple peine privative de liberté et peine d'amende, se cumulent. Le cumul des peines de nature différente peut également s'appliquer à une peine principale afférente à l'infraction la plus grave et à une peine complémentaire attachée à l'infraction la moins grave¹⁵⁵³.

Ensuite, les peines de même nature se cumulent, dès lors que leur total n'excède pas le maximum légal de la peine la plus élevée qui est encourue. Cette solution implique de préciser tant les peines concernées (dans leur nature et dans l'identité de nature exigée) que dans le maximum légal encouru¹⁵⁵⁴. D'abord, il faut remarquer que la règle selon laquelle les peines de même nature se cumulent s'applique indistinctement aux peines principales et aux peines complémentaires comme la suspension du permis de conduire¹⁵⁵⁵. Ensuite, sont considérées comme étant de même nature les peines « ayant le même contenu et les mêmes effets, qui ne diffèrent les unes des autres que par leur durée ou leur montant »¹⁵⁵⁶. L'article 132-5 précise notamment que les peines privatives de liberté (emprisonnement et réclusion ou détention criminelle) sont de même nature.

438. Indivisibilité des peines prononcées. L'alinéa 2 de l'article 132-3 dispose que « chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles », consacrant ainsi la jurisprudence

¹⁵⁵² Ces dispositions sont parfois présentes dans d'autres Codes ou textes spéciaux. Par exemple, l'alinéa 2 de l'article 63 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dispose qu'« en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits prévus par la présente loi, les peines ne se cumuleront pas, et la plus forte sera seule prononcée ».

¹⁵⁵³ Cass. crim. 16 mai 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 121, note J.-H. ROBERT.

¹⁵⁵⁴ Pour déterminer ce maximum, l'article 132-5 alinéa 2 précise qu'il faut tenir compte de l'éventuel état de récidive. Sur l'articulation entre concours réel et récidive qui en résulte : v. *infra*, n°518 et s.

¹⁵⁵⁵ Cass. crim. 11 janv. 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 40, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2005, p. 300, obs. G. VERMELLE. Ainsi, la Cour de cassation considère que doit être cassé, en ses seules dispositions relatives aux peines de suspension du permis de conduire, l'arrêt de la Cour d'appel qui a prononcé deux peines complémentaires de trois mois de suspension du permis de conduire en répression de deux contraventions : Cass. crim. 22 juin 2010 : *Bull. crim.* n°113.

¹⁵⁵⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°899.

dégagée sous l'empire de l'ancien Code pénal¹⁵⁵⁷. Cela signifie que les infractions en concours perdent leur individualité juridique au profit du nouvel ensemble, du moins en ce qui concerne leur sanction. Ainsi, lorsque l'une des infractions disparaît, en raison par exemple d'une amnistie, la peine prononcée continue à devoir être exécutée puisqu'elle est réputée être commune aux deux infractions. Mais la peine prononcée ne doit pas dépasser le maximum légal prévu pour l'infraction qui n'a pas disparu : si l'infraction la plus grave disparaît, la peine prononcée est susceptible d'être réduite à hauteur du maximum commun. Les diverses infractions « conservent leur caractère délictueux intrinsèque et toutes leurs conséquences pénales ; mais leur juxtaposition fait naître une entité délictuelle spéciale. Dès lors, tandis que chacune influe sur la détermination et sur la durée de la peine unique qui les réprime toutes collectivement, elles participent toutes de la gravité de l'ensemble ; chaque infraction concurrente perd sa pénalité propre pour encourir dans sa totalité la peine qui frappe, en tant que tel, le concours d'infractions »¹⁵⁵⁸.

Le délinquant qui a accompli plusieurs infractions en concours réel encourt donc chacune des peines de nature différente, mais dans la limite du maximum prévu pour chaque peine. Elles ne se cumulent donc pas. La même solution se retrouve en cas de poursuites séparées.

439. Pluralité de poursuites. Les infractions en concours peuvent être jugées séparément parce qu'elles ont été découvertes à des moments différents ou encore parce que la juridiction saisie en premier pour connaître de l'une des infractions n'a pas compétence territoriale pour juger de l'autre (ou des autres)¹⁵⁵⁹. Dans ce cas, et pour préserver l'égalité devant la loi, le Code pénal a prévu un dispositif similaire à celui applicable en cas de poursuite unique. Ainsi, l'article 132-4 précise que « lorsque, à l'occasion de poursuites séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois, la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale ». Le Code pénal nouveau ne fait alors que reprendre les

¹⁵⁵⁷ Cass. crim. 18 juill. 1908 : *S.* 1912, 1, p. 292 ; 12 déc. 1931 : Bull. crim. n°294.

¹⁵⁵⁸ R. MERLE, « Le régime pénal des faits les moins graves en cas de concours réel d'infractions », *JCP* 1949, I, 773, n°14.

¹⁵⁵⁹ *Supra*, n°407 sur la proposition d'étendre la compétence en cas de concours réel en instaurant un nouveau cas de connexité.

solutions jurisprudentielles rendues sous l'empire de l'ancien, à savoir le cumul plafonné des peines¹⁵⁶⁰. La possibilité de demander la confusion des peines a pour but de rétablir l'égalité de traitement entre celui qui fait l'objet d'une poursuite unique et celui qui fait l'objet de poursuites multiples ; il serait en effet injuste que le délinquant ayant fait l'objet de poursuites distinctes soit condamné à deux peines qui, additionnées, seraient supérieures au maximum qu'il est possible de prononcer en cas de poursuite unique car l'unité ou la pluralité de poursuites est un paramètre indépendant de la volonté du délinquant et repose simplement sur l'efficacité des autorités de poursuites.

La confusion des peines est soumise à plusieurs conditions, tenant notamment aux peines. Celles-ci doivent être définitives, exécutoires, non amistiées, non graciées, etc¹⁵⁶¹. Pour déterminer quelle peine est la plus sévère, il faut tenir compte des éventuelles circonstances aggravantes comme la récidive. Dans une affaire, une cour d'appel avait fixé le maximum légal encouru le plus élevé à dix ans d'emprisonnement alors que l'infraction la plus sévèrement réprimée était un vol avec violences ayant entraîné une ITT de huit jours, commis en récidive, puni ainsi de quatorze ans d'emprisonnement (doublement de la peine de sept ans) ; en conséquence, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cet arrêt¹⁵⁶² conformément à l'article 132-5 du Code pénal.

La confusion est parfois obligatoire, parfois simplement facultative¹⁵⁶³. La jurisprudence décide depuis longtemps et de manière constante que les peines de même nature, prononcées successivement contre une même personne à raison de faits poursuivis séparément et antérieurs à la date à laquelle la première condamnation est devenue définitive, doivent être subies cumulativement, si le juge n'en a autrement ordonné, à moins que par leur réunion, elles n'excèdent le maximum légal de la peine la plus forte, ce qui signifie que la confusion est obligatoire lorsque les peines prononcées successivement, excèdent par leur

¹⁵⁶⁰ Cass. crim. 24 févr. 1943 : Bull. crim. n°18 ; 9 oct. 1956 : Bull. crim. n°617, *D.* 1956, p. 742 ; *JCP* 1956, II, 9625 ; 22 févr. 1961 : Bull. crim. n°115 ; 27 avr. 1968 : *D.* 1968, p. 565, note P.-J. DOLL ; 27 janv. 1972 : Bull. crim. n°36 ; 15 juin 1973 : Bull. crim. n°269 ; 22 juin 1983 : Bull. crim. n°193 ; 2 oct. 1984 : *D.* 1985, IR, p. 131 ; 10 mars 1987 : Bull. crim. n°119 ; 19 juill. 1989 : Bull. crim. n°294, *RSC* 1990, p. 55, obs A. VITU ; 6 févr. 1991 : Bull. crim. n°61.

¹⁵⁶¹ V. sur ces conditions P. BONFILS, *Rép. pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°65 ; M. HERZOG EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Confusion de peines, 2009, n°50 et s. ; P. SALVAGE, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-1 à 132-7, fasc. 30 : Concours réel d'infractions, 2010, n°27 et s.

¹⁵⁶² V. par ex. Cass. crim. 3 mai 2007 : *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n°22 obs. V. PELTIER.

Sur le cas particulier de l'art. 362 al. 2 C. proc. pén : v. Cass. crim. 17 sept. 2008 : inédit, pourvoi n°08-82445 ; 21 mai 2008 : Bull. crim. n°129, *Dr. pén.* 2009, chron. 3, n°25, obs. V. PELTIER.

¹⁵⁶³ Sur la procédure applicable, v. notamment D. BECHERAOUI, « Le contentieux de la confusion des peines », *RSC* 2002, p. 531 ; M. GEGOUT, « Le rôle du ministère public dans l'exécution des peines et la règle de non cumul », *RSC* 1937, p. 149.

réunion, le maximum de la peine légale la plus forte¹⁵⁶⁴. Ce mécanisme est considéré par certains comme étant distinct de la confusion *stricto sensu* ; il s'agirait plutôt d'une « correction comptable de la peine prononcée permettant de respecter l'échelle des peines »¹⁵⁶⁵. Quelle que soit la dénomination de ce mécanisme, cette solution est logique et permet de traiter de manière égale les délinquants qui ont fait l'objet d'une ou plusieurs poursuites.

En dehors de ces cas, la confusion est facultative et il appartient à la juridiction saisie d'estimer si elle est souhaitable. Si certains considèrent que la jurisprudence tient compte du passé pénal du délinquant¹⁵⁶⁶, il convient de souligner que le critère de l'analogie des infractions en concours est parfois utilisé pour refuser la confusion des peines.

440. Effets de la confusion des peines. Depuis l'arrêt *Lapierre* de 1888¹⁵⁶⁷, la jurisprudence décide que l'effet de la confusion n'est pas d'enlever aux peines confondues leur existence propre et leurs conséquences légales, mais de déterminer que leur exécution aura lieu simultanément avec celle de la peine la plus forte. La confusion ainsi ordonnée n'est en effet qu'une mesure d'exécution dont la réalisation est subordonnée au maintien de la peine la plus forte. D'ailleurs, dans le cas où cette dernière viendrait à disparaître, les autres peines que la confusion n'a pas effacées et qui sont demeurées entières devront être intégralement subies jusqu'à concurrence du maximum édicté par la loi pour l'infraction la plus grave. C'est le principe d'autonomie des faits et des peines les moins fortes, affirmé de manière constante par la jurisprudence¹⁵⁶⁸, qui justifie cette solution aujourd'hui ratifiée par le législateur. Autrement dit, l'absorption des peines les plus faibles dans la peine la plus élevée ne produit d'effet qu'entre les peines et n'a pas d'incidence sur la matérialité des infractions

¹⁵⁶⁴ Cass. crim. 24 oct. 1943 : Bull. crim. n°18 ; 9 oct. 1956 : Bull. crim. n°617 ; 22 févr. 1961 : Bull. crim. n°115 ; 27 avr. 1968 : *D.* 1968, jurispr. p. 585, note P.-J. DOLL ; 27 janv. 1972, Bull. crim. n°36 ; Cass. crim. 26 janv. 1988 : Bull. crim. n°37 ; Cass. crim. 19 juill. 1989 : Bull. crim. n°294, *RSC* 1990, p. 555, obs. A. VITU ; 26 sept. 1996 : Bull. crim. n°336, *RSC* 1997, p. 631, obs. B. BOULOC ; 20 nov. 1996 : Bull. crim. n°418, *RSC* 1997, p. 631, obs. B. BOULOC ; 17 mars 1998 : Bull. crim. n°102 ; 19 janv. 1999 : Bull. crim. n°10.

¹⁵⁶⁵ M. HERZOG EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Confusion de peines, préc., n°50.

¹⁵⁶⁶ V. sur ce point M. HERZOG EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Confusion de peines, préc., n°54 et s. La jurisprudence tiendrait compte du « mérite pénal » des délinquants.

¹⁵⁶⁷ Cass. crim., 13 juill. 1888 : *D.* 1888, 1, p. 445, rapp. POULET ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n° 52.

¹⁵⁶⁸ Cass. crim. 21 févr. 1936 : *RSC* 1936, p. 228, obs. J. MAGNOL ; 6 mai 1941 : Bull. crim. n°25 ; 23 mars 1944 : Bull. crim. n°82 ; 5 mars 1953 : Bull. crim. n°83 ; 8 avr. 1957 : Bull. crim. n°343 ; 10 janv. 1993 : Bull. crim. n°11, *RSC* 1994, p. 104, obs. B. BOULOC.

qui demeurent autonomes¹⁵⁶⁹. Ainsi, en cas de disparition de la peine absorbante, la peine absorbée reste exécutoire. En outre, chaque peine conserve son autonomie pour la détermination de l'état de récidive légale¹⁵⁷⁰. Cette dernière solution est aujourd'hui consacrée à l'article 132-5 du Code pénal qui dispose qu'il est tenu compte, s'il y a lieu, de l'état de récidive, pour l'application des articles 132-3 et 132-4.

Ainsi, lorsque plusieurs infractions sont en concours, le juge ne prononcera qu'une seule peine pour l'ensemble de ces infractions, le montant de cette peine ne pouvant pas excéder le maximum encouru pour l'infraction la plus grave. Des correctifs comme la confusion de peine sont prévus lorsque, du fait du déroulement particulier de la procédure, cette règle n'aurait pas été respectée. Cependant, celle-ci est loin d'être absolue et comporte de nombreuses exceptions.

β) Les exceptions au principe de non-cumul des peines

441. Politique criminelle. Le principe de non-cumul des peines étant une solution extrêmement favorable à l'auteur du concours réel, le législateur a, au lieu de procéder à une refonte globale du système pour mettre en œuvre une politique plus répressive, décidé de multiplier les exceptions. Cela étant, s'il faut reconnaître qu'à première vue les exceptions sont tellement nombreuses qu'elles paraissent remettre en cause l'effectivité du principe, leur champ d'application est à plusieurs égards limité. En effet, les infractions pour lesquelles le législateur écarte explicitement le principe du non-cumul au profit du cumul pur et simple représentent une part infime des infractions perpétrées chaque année en France.

442. Application du cumul matériel des peines. Le législateur a ainsi décidé en premier lieu d'écarter la règle de non-cumul pour l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité¹⁵⁷¹, la rébellion¹⁵⁷², l'usurpation d'état civil¹⁵⁷³, l'évasion¹⁵⁷⁴, le refus de se

¹⁵⁶⁹ En ce sens : A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°69.

¹⁵⁷⁰ Cass. crim. 10 avr. 1996 : Bull. crim. n°156 : RSC 1997, p. 376, obs. B. BOULOC ; Cass. crim. 30 sept. 1997 : Bull. crim. n°315. V. déjà Cass. crim. 23 déc. 1927 : Bull. crim. n°315, relevant que les peines absorbées peuvent être prises en compte pour la récidive ou la relégation). *Adde* R. MERLE, « Le régime pénal des faits les moins graves en cas de concours réel d'infractions », *JCP* 1949, I, 773.

¹⁵⁷¹ Art. 314-8 al. 2 C. pén. Concernant cette infraction, il s'agit d'une simple faculté : le tribunal peut décider que la peine qu'il prononce ne se confondra pas avec celle qui a été précédemment prononcée.

¹⁵⁷² Art. 433-9 C. pén.

soumettre à un prélèvement biologique¹⁵⁷⁵, le refus de se soumettre au dépistage de maladies sexuellement transmissibles¹⁵⁷⁶, ou encore l'inobservation des obligations du suivi socio-judiciaire¹⁵⁷⁷. Parfois, les peines se cumulent quelle que soit l'autre infraction en concours.

Dans d'autres cas, le cumul n'est prévu qu'avec une infraction particulière, le plus souvent l'infraction à l'occasion de laquelle l'autre a été commise. L'application du cumul matériel des peines peut alors se révéler délicate. Par exemple, dans une affaire soumise à la chambre criminelle de la Cour de cassation, une personne était poursuivie d'une part pour vol en récidive et prise du nom d'un tiers en récidive dans des circonstances ayant pu déterminer contre celui-ci des poursuites du chef de vol, et d'autre part, pour refus de se soumettre à des relevés signalétiques ainsi qu'à des prélèvements biologiques, ces faits ayant eu lieu le lendemain alors que l'intéressé était placé en garde à vue. La Cour d'appel l'avait condamné à dix mois d'emprisonnement pour prise du nom d'un tiers en récidive, à six mois d'emprisonnement pour vol en récidive et refus de se soumettre à des relevés signalétiques, enfin, à deux mois d'emprisonnement pour refus de se soumettre à des prélèvements biologiques. Or, la Cour de cassation a cassé cet arrêt estimant que « seul le délit de vol constituait l'infraction à l'occasion de laquelle l'usurpation avait été commise et que, d'autre part, si la peine prononcée pour le délit de refus de se soumettre à des prélèvements biologiques devait se cumuler, en application de l'article 706-56 II, alinéa 3, du Code de procédure pénale, avec celle prononcée pour le vol, elle ne pouvait en revanche, se cumuler avec la peine prononcée pour l'usurpation d'identité, cette infraction ne figurant pas au nombre de celles énumérées par l'article 706-55 dudit code »¹⁵⁷⁸. Autrement dit, lorsque le législateur prévoit que la peine encourue pour une infraction se cumule avec celle à l'occasion de laquelle elle a été commise, mais qu'il existe une troisième infraction en concours, le principe de non-cumul doit s'appliquer entre d'une part cette troisième infraction, et d'autre part, la somme correspondant aux peines des deux premières infractions qui pouvaient valablement être cumulées.

¹⁵⁷³ Art. 434-23 al. 2 C. pén.

¹⁵⁷⁴ Art. 434-31 C. pén.

¹⁵⁷⁵ Art. 706-56 II C. proc. pén.

¹⁵⁷⁶ Art. 706-47-2 al. 5 C. proc. pén.

¹⁵⁷⁷ Art. 131-36-5 C. pén.

¹⁵⁷⁸ Cass. crim. 13 juin 2007 : Bull. crim. n°158 : *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n°11 obs. V. PELTIER ; *AJ pénal* 2007, p. 424, obs. C. SAAS. V. déjà Cass. crim. 29 mars 2006 : *AJ pénal* 2006, obs. G. ROYER ; *Dr. pén.* 2006, comm. 82, obs. M. VERON.

443. Cumul des peines d'amende pour les contraventions. En second lieu, l'article 132-7 du Code pénal dispose expressément que « par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou délits en concours ». Cette disposition issue du nouveau Code pénal avait déjà été consacrée par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien Code, la Cour de cassation ayant jugé que la règle du non-cumul des peines n'était pas applicable aux contraventions de police¹⁵⁷⁹. Pour l'application de cette exception, la jurisprudence distingue deux hypothèses. Lorsqu'il y a plusieurs fautes pénales distinctes, il y a cumul pur et simple des peines d'amende¹⁵⁸⁰. En revanche, en cas de faute pénale unique, une seule infraction est constituée et une seule peine peut être prononcée¹⁵⁸¹, ce qui est le cas par exemple lorsqu'une personne cause à deux victimes différentes des blessures involontaires.

En outre, si la loi prévoit parfois dans le cas de certaines infractions délictuelles au Code du travail qu'il est prononcé autant d'amendes qu'il y a de travailleurs concernés¹⁵⁸², cette exception ne s'applique pas lorsqu'une telle infraction est poursuivie concurremment avec un délit puni d'une peine plus forte qui ne comporte qu'une seule amende¹⁵⁸³.

444. Amendes de nature particulière. Le principe du non-cumul est également écarté dans certaines matières régies par des législations spéciales comme les contributions indirectes, les douanes, la pêche, ou les forêts. Cette solution peut être justifiée par le caractère exceptionnel attribué à ces amendes, participant du caractère de réparations civiles auxquelles elles sont étroitement liées. Leur caractère mixte, répressif et indemnitaire, les fait en effet échapper à la règle du non-cumul des peines prévue aux articles 132-1 à 132-7¹⁵⁸⁴. En

¹⁵⁷⁹ Cass. ch. réunies, 7 juin 1842 : S.1842, 1, 496, concl. DUPIN ; Cass. crim. 16 sept. 1853 : S. 1854, 1, 151 ; 19 févr. 1898 : DP 1899, 1, p. 31 ; 14 déc. 1955 : Bull. crim. n°569 ; 20 juill. 1993 : Bull. crim. n°248, RSC 1994, p. 325, obs. B. BOULOC.

¹⁵⁸⁰ V. Cass. crim. 8 juin 1971 : Bull. crim. n°183 ; 6 mai 1976 : Bull. crim., n°148 ; 3 janv. 1979 : Bull. crim. n°3 ; 3 sept. 1986 : Bull. crim. n°256 ; 17 févr. 1988 : Bull. crim. n°81 ; RSC 1989, p. 498, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; 17 juill. 1986 : Bull. crim. n°237 ; 18 mars 1992 : Dr. pén. 1992, comm. 248, RSC 1993, p. 314, obs. B. BOULOC ; 25 nov. 1997, Bull. crim. n°401.

¹⁵⁸¹ Cass. crim. 16 mai 1984 : Bull. crim. n°182 ; 22 févr. 1995 : Bull. crim. n°81, RSC 1996, p. 116, obs. B. BOULOC ; 21 sept. 1999 : RSC 2000, p. 200, obs. Y. MAYAUD, p. 386 obs. B. BOULOC et p. 407, obs. A. CERF.

¹⁵⁸² V. notamment, art. R. 1227-6, R. 1227-7, R. 3124-13, R. 3124-15, R. 3124-16, R. 3124-4, R. 3124-6, R. 3124-7, R. 3135-5, R. 3143-1, R. 3165-1, R. 3165-2, R. 3165-5, R. 3222-1, R. 3233-1, R. 4736-6, R. 4743-2, R. 4743-6, R. 5429-3, R. 6226-4, R. 7421-4, et R. 8256-1 C. trav.

¹⁵⁸³ Cass. crim. 13 oct. 1992 : Bull. crim. n°321 ; v. aussi Cass. crim. 21 sept. 1999 : Bull. crim. n°191 ; RSC 2000, p. 200, obs. Y. MAYAUD et p. 386, obs. B. BOULOC.

¹⁵⁸⁴ Cass. crim. 2 oct. 1997 : Dr. pén. 1998, comm. 38, obs. J.-H. ROBERT.

outre le cumul est justifié par le fait que le nombre des amendes encourues doit être déterminé par celui des différentes infractions à la loi qui résultent de chacun des faits constatés¹⁵⁸⁵.

445. Matière disciplinaire. La question de savoir si le principe de non-cumul des peines s'appliquait en matière disciplinaire a suscité une opposition entre juridictions administrative et judiciaire. Tandis que le Conseil d'Etat a considéré que la règle ne devait pas s'appliquer¹⁵⁸⁶, la Cour de cassation a au contraire estimé qu'elle devait s'imposer¹⁵⁸⁷. La solution de la Cour de cassation doit sans doute être préférée parce qu'elle est « en phase avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »¹⁵⁸⁸ qui tend à inclure le droit disciplinaire dans la matière pénale.

446. Poursuites internationales. Enfin, il est possible que les différentes peines des infractions en concours soient exécutées cumulativement pour des raisons tenant à la commission des infractions dans des Etats différents. Il arrive en effet qu'une infraction commise à l'étranger soit prise en compte par le juge français pour constituer un concours réel¹⁵⁸⁹, ce qui a une incidence sur le règlement du concours. En cas de poursuites successives devant une juridiction étrangère et devant une juridiction française, la jurisprudence estime qu'il n'y a pas lieu, à défaut de dispositions spéciales, d'appliquer le principe général de non-cumul des peines¹⁵⁹⁰. Tel est le cas notamment lorsqu'il s'agit d'une peine prononcée par une juridiction étrangère mais exécutée en France par application de l'article 713-1¹⁵⁹¹ du Code de procédure pénale¹⁵⁹² : la procédure de conversion prévue à l'article 9, 1, b de la convention sur le transfèrement des personnes condamnées à l'étranger du 21 mars 1983 ayant été exclue par la France, la confusion ne saurait être admise entre une peine prononcée par une juridiction étrangère, même exécutée en France, et celle émanant d'une juridiction nationale. De même,

¹⁵⁸⁵ Cass. crim. 27 févr. 1947 : Bull. crim. n°61 ; *D.* 1947, p. 211 ; 8 juill. 1948 : Bull. crim. n°191 ; 15 déc. 1949 : Bull. crim. n°349, *D.* 1950, p. 94.

¹⁵⁸⁶ CE 7 déc. 1984 *Subrini* : *D.* 1985, IR, 364, obs. J. PENNEAU : la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins avait pu valablement décider, afin d'assurer le caractère effectif de deux suspensions prononcées à l'encontre d'un médecin à raison de faits distincts, que la seconde ne prendrait effet qu'à l'expiration de la première, « la règle de droit pénal de confusion des peines en cas de concours réel d'infractions ne [trouvant] pas d'application en matière disciplinaire ».

¹⁵⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ. 10 juin 1987 (2 esp.) : Bull. civ. I n° 185 et 186 ; *D.* 1989, somm. 96, obs. A. BRUNOIS ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 511, note A. DAMIEN.

¹⁵⁸⁸ J. PRALUS-DUPUY, « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *D.* 1993, p. 135.

¹⁵⁸⁹ *Supra*, n°391.

¹⁵⁹⁰ Cass. crim. 26 mai 1964 : Bull. crim. n°177 ; *RSC* 1965, p. 411, obs. A. LEGAL ; 20 août 1991 : Bull. crim. n°310, *RSC* 1992, p. 306, obs. A. VITU.

¹⁵⁹¹ Aujourd'hui art. 728-2 C. proc. pén.

¹⁵⁹² Cass. crim. 6 févr. 1996 : Bull. crim. n°61 ; *RSC* 1996, p. 851, obs. B. BOULOC.

en cas de poursuites successives devant une juridiction étrangère et devant une juridiction française, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de non-cumul des peines, à défaut de dispositions spéciales, lesquelles, en l'espèce, ne sont pas prévues par la convention de voisinage signée entre la France et la principauté de Monaco le 18 mai 1963¹⁵⁹³.

Cette jurisprudence, certes fondée sur la souveraineté nationale, n'est pas forcément justifiée, notamment en ce qu'elle « contrarie les tendances du droit pénal moderne qui mettent l'accent sur l'individualisation de la répression et l'appréciation de la personnalité et de l'état dangereux du délinquant. Or, cette appréciation est notamment fonction de tous les antécédents judiciaires du délinquant et ne peut dépendre du caractère national ou étranger des condamnations dont il a fait l'objet »¹⁵⁹⁴. Cela est d'autant plus vrai qu'en matière de récidive, le juge français peut désormais prendre en compte les condamnations rendues par des juridictions de l'Union Européenne¹⁵⁹⁵. Faire dépendre le *quantum* de la peine du pays dans lequel a été prononcée la première peine peut sembler injuste car il dépend alors plus ou moins du hasard. Toutefois, il faut reconnaître que cette solution permet d'atténuer la différence de traitement entre l'auteur d'un concours réel et le récidiviste¹⁵⁹⁶ au sens où le premier subira, comme le second, deux peines distinctes, à la différence près que, dans le concours réel, la seconde peine ne sera pas aggravée.

La multiplication des exceptions au principe de non-cumul des peines montre que ce système aboutit souvent à des solutions trop clémentes. C'est la raison pour laquelle, s'agissant du cumul homogène d'infractions, le législateur fait parfois le choix du système du cumul juridique, afin de sanctionner de manière spécifique ce type d'habitude pénale.

b) Le choix du cumul juridique pour le concours homogène

447. Domaine étendu du cumul juridique des peines. Le concours est homogène lorsque les infractions commises sans être séparées par une décision de condamnation irrévocable sont identiques¹⁵⁹⁷. Or, dans certains cas, pour faire échec à l'application du

¹⁵⁹³ Cass. crim. 26 oct. 2005 : Bull. crim. n°271 ; *AJ pénal* 2006, p. 43.

¹⁵⁹⁴ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2005, n°224.

¹⁵⁹⁵ *Supra*, n°273 et s.

¹⁵⁹⁶ Sur cette idée, v. *supra*, n°506 et s.

¹⁵⁹⁷ Il faut préciser que le concours réel est exclu lorsque les deux infractions identiques sont des infractions d'habitude en application de l'idée selon laquelle l'infraction d'habitude peut comprendre une infinité de comportements. En effet, si l'on admettait l'idée inverse, à savoir qu'il y a une nouvelle infraction d'habitude

principe de non-cumul des peines¹⁵⁹⁸, implicitement jugé trop favorable, le législateur précise qu'en cas de commission habituelle, telle infraction sera punie de telle peine, aggravée par rapport à l'infraction simple. Cette hypothèse, qui n'est autre qu'un cas particulier de concours réel, prouve que le concours réel homogène est parfois réglé par une application du cumul juridique des peines, ce qui a pour conséquence que la sanction encourue est plus grave qu'en application du principe de non-cumul des peines (α). L'aggravation de peine apparaît ainsi, dans l'habitude, fondée sur le lien substantiel, même si l'application du cumul juridique des peines n'est pas spécifique à l'habitude (β).

a) La sanction aggravée du concours homogène

448. Sanction aggravée par rapport à l'addition des sanctions isolées ? Le système du cumul juridique des peines consiste à prononcer une seule peine pour l'ensemble des infractions en concours mais une peine aggravée¹⁵⁹⁹. Les infractions en concours réel pour lesquelles le législateur applique le cumul juridique¹⁶⁰⁰ peuvent être classées en trois catégories. Premièrement, il y a celles pour lesquelles la peine encourue en cas de répétition est supérieure à la somme des peines applicables à deux infractions. En droit positif, seule une infraction semble concernée : l'interruption illégale de la grossesse d'autrui. Tandis que

tous les deux actes, cela voudrait dire qu'en présence d'au moins quatre actes distincts, il y a au moins deux infractions d'habitude en concours. Mais s'agissant des mêmes actes, les infractions d'habitude en concours sont identiques. Au regard du raisonnement précédent, cela voudrait dire qu'il faudrait leur appliquer, non le principe du non-cumul des peines, mais le cumul juridique de peines. Dès lors, les deux infractions en concours seraient sanctionnées par une peine unique d'un montant supérieur à la peine normalement encourue. Cette idée semble contraire au mécanisme même de l'infraction d'habitude qui a pour vocation de sanctionner des actes déviants, mais d'une gravité mineure (*supra*, n°14). En outre, on aboutirait alors à une situation où celui qui accomplit quatre actes (ou plus) isolément licites, serait sanctionné plus sévèrement que celui qui accomplit quatre infractions différentes.

¹⁵⁹⁸ Également en ce sens : E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°170 (à propos des violences habituelles sur personnes vulnérables : l'auteur retient cependant la qualification de circonstance aggravante) ; A.-M. LARGUIER, « Immunités et impunité découlant pour l'auteur d'une infraction d'infraction antérieurement commise par celui-ci », préc., n°28.

¹⁵⁹⁹ Si l'aggravation se manifeste principalement à propos des peines principales, il faut tout de même remarquer que certaines infractions commises de manière habituelle sont punies par des peines complémentaires spécifiques. Ainsi, en matière de recel, lorsque l'auteur est reconnu coupable de recel aggravé par l'habitude, il encourt également des peines complémentaires plus graves : en effet, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou certaines activités professionnelles, la fermeture d'entreprise ou d'établissement, ou encore l'exclusion des marchés publics, peuvent être prononcées à titre définitif (art. 321-9 C. pén.) alors qu'elles sont ordinairement limitées à cinq ans. De même la peine d'interdiction du territoire français est encourue par le receleur de nationalité étrangère (art. 321-11 C. pén.). Certes, cela n'est pas vraiment spécifique à la circonstance aggravante d'habitude, puisque ces peines sont également encourues lorsque le recel est commis avec les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ou en bande organisée.

¹⁶⁰⁰ Pour la liste des infractions concernées par le concours homogène aggravant, v. *supra*, n°16.

l'infraction simple est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende¹⁶⁰¹, l'infraction commise de manière habituelle est en effet punie de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende¹⁶⁰². Cette particularité, probablement d'origine historique¹⁶⁰³, illustre parfaitement l'idée selon laquelle la sanction de l'ensemble est plus grave que la somme des sanctions applicables à deux infractions. Deuxièmement, les peines de l'infraction commise habituellement sont parfois doublées par rapport à celles de l'infraction simple. Il en va ainsi pour le recel¹⁶⁰⁴, le blanchiment¹⁶⁰⁵, l'administration de substances nuisibles sur mineur de quinze ans ou personne vulnérable¹⁶⁰⁶, l'entremise entre une personne ou un couple désirant accueillir un enfant et une mère porteuse¹⁶⁰⁷, ou encore plus récemment le fait de proposer ou d'accepter contre rémunération d'être désigné, par l'auteur d'une contravention entraînant retrait de point, comme conducteur du véhicule dans la requête en exonération ou la réclamation¹⁶⁰⁸. Enfin, troisièmement, dans d'autres cas, la peine est aggravée tout en restant inférieure au double de la peine simple : c'est le cas pour le recel de malfaiteurs¹⁶⁰⁹, le recours à la prostitution de mineurs¹⁶¹⁰, les tortures et actes de barbarie sur mineur de quinze ans ou personne vulnérable¹⁶¹¹, le faux commis dans un document délivré par une administration publique et l'usage de ce faux¹⁶¹², ainsi que le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation¹⁶¹³.

¹⁶⁰¹ Art. L. 2222-2 al. 1 C. santé publ.

¹⁶⁰² Art. L. 2222-2 al. 2 C. santé publ.

¹⁶⁰³ Puisque c'est la première infraction pour laquelle le législateur a prévu des sanctions aggravées en cas de répétition : *supra*, n°15.

¹⁶⁰⁴ Le recel simple est puni de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende (art. 321-1 al. 3 C. pén.) tandis que les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende s'il est commis de manière habituelle (art. 321-2 1°).

¹⁶⁰⁵ Mêmes peines que pour le recel (art. 324-1 al. 3 et 324-2 1° C. pén.).

¹⁶⁰⁶ Puisque l'article 222-15 du Code pénal renvoie aux articles relatifs aux violences pour la fixation de la peine.

¹⁶⁰⁷ L'infraction simple est punie d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, mais les peines sont doublées lorsque les faits sont commis à titre habituel (art. 227-12 al. 3 C. pén.).

¹⁶⁰⁸ Art. L. 223-9 III C. route créé par la loi du 14 mars 2011. L'infraction simple est punie de six mois d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, contre un an d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise habituellement.

¹⁶⁰⁹ Le recel de malfaiteurs simple est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, mais les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende s'il est commis de manière habituelle (art. 434-6 C. pén.).

¹⁶¹⁰ Mêmes peines que le recel de malfaiteur (art. 225-12-1 et 225-12-2 1° C. pén.).

¹⁶¹¹ Infraction punie de vingt ans de réclusion lorsqu'elle est occasionnelle (art. 222-3 al. 1 1° et 2°) mais de trente ans de réclusion lorsqu'elle est habituelle (222-4 C. pén.).

¹⁶¹² L'infraction simple est punie de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (art. 441-2 al. 1) mais de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'elle est habituelle (art. 441-2 al. 3 2° C. pén.).

¹⁶¹³ Mêmes peines que le faux précédent (art. 441-5 al. 1 et al. 2 2° C. pén.).

Dans les deux dernières catégories, il est vrai que la sanction de l'ensemble n'est pas supérieure à la somme des sanctions isolées ; néanmoins, elle reste supérieure à la sanction qui est normalement encourue en cas de concours réel lorsque l'on applique le non-cumul des peines.

449. Exemple des violences sur mineur de quinze ans ou personne vulnérable. Par exemple, les violences sur mineur de quinze ans ou personne vulnérable ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende¹⁶¹⁴. La peine encourue est portée à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises de manière habituelle¹⁶¹⁵. On constate donc que le *quantum* de la peine d'emprisonnement ainsi que celui de la peine d'amende sont doublés. Dès lors, la somme des peines de deux infractions isolées correspond à la peine encourue pour ce type particulier de concours. On pourrait alors penser qu'il s'agit alors d'une véritable application du principe de cumul matériel : en effet, l'auteur encourt cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, ainsi que cinq ans et 75 000 euros s'il commet ces deux infractions de violence, ce qui équivaut bien à dix ans et 150 000 euros. On pourrait alors en conclure que les peines sont bien matériellement cumulées. Cependant, s'il commettait une troisième, une quatrième, voire une cinquième infraction, le système du cumul matériel imposerait le cumul mathématique des peines, auquel cas l'auteur encourrait quinze ans et 225 000 euros pour trois infractions commises, vingt ans et 300 000 euros pour quatre infractions, et ainsi de suite. Or, en l'état actuel du droit, la peine de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende est applicable quel que soit le nombre d'infractions commises. Ces infractions étant en concours réel, traditionnellement l'auteur n'aurait encouru que le maximum de la peine la plus forte, c'est-à-dire cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Ces « cas particuliers » de concours réel sont donc bien une application du principe de cumul juridique des peines¹⁶¹⁶.

450. Cas particulier inutile : la circonstance aggravante de « concours ». Toujours dans cette logique visant à écarter le principe de non-cumul des peines en cas de répétition

¹⁶¹⁴ Art. 222-12 al. 1 1° et 2° C. pén.

¹⁶¹⁵ Art. 222-14 al. 1 3° C. pén.

¹⁶¹⁶ Egalement en ce sens P. BONFILS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°54. ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, op. cit., n°271.

d'infractions identiques, la loi du 12 décembre 2005¹⁶¹⁷ a doté le viol d'une nouvelle « circonstance aggravante » de concours. L'article 222-24 10° prévoit en effet désormais que le viol, ordinairement puni de quinze ans de réclusion criminelle¹⁶¹⁸, est puni de vingt ans de réclusion criminelle « lorsqu'il est commis en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes ». *A priori*, si le législateur a choisi ces termes, c'est qu'il ne voulait pas faire référence à l'habitude, sinon il aurait utilisé l'expression « commis à titre habituel ». Cependant, on peine à trouver une distinction entre cette circonstance aggravante et celle d'habitude. D'abord, l'expression « en concours » laisse supposer que le texte exige que l'auteur des différents viols soit la même personne, sinon il aurait sans doute fait référence à l'infraction commise par plusieurs personnes en qualité d'auteur ou de complice, autre circonstance aggravante d'ailleurs prévue pour le viol¹⁶¹⁹. S'agissant du critère tenant à l'unité d'auteur, ce concours ne présente aucune différence avec l'habitude. En outre, les infractions sont identiques, comme pour la circonstance aggravante d'habitude, puisqu'il doit s'agir de plusieurs viols. La seule différence tient peut être alors à la victime. Tandis que dans la circonstance aggravante d'habitude, il importe peu que la victime de la première infraction soit la même que celle de la seconde¹⁶²⁰. Il semble qu'ici, il faille absolument que les viols aient été commis sur des victimes différentes, ce qui constitue donc une restriction par rapport à la « circonstance aggravante » d'habitude pour laquelle la pluralité de victimes est indifférente. Cette interprétation est difficile à confirmer car, si la jurisprudence applique cette circonstance de concours en cas de viols successifs commis sur des patients d'un même cabinet médical¹⁶²¹ ou lorsque l'auteur viole onze femmes en les droguant¹⁶²², elle ne l'a pas explicitement exclue pour l'hypothèse dans laquelle la victime serait identique.

Le domaine de cette disposition étant précisé, ses effets restent à apprécier. A l'instar de la malnommée circonstance aggravante d'habitude, cette hypothèse est un cas de concours homogène pour lequel le législateur a choisi d'appliquer les règles du concours réel. Cette circonstance aggravante vise ainsi à faire échec au principe de non-cumul des peines, et à traiter plus sévèrement l'habitude : « la pluralité des comportements criminels est prise en considération afin que la sanction unique aggravée soit le reflet de la dangerosité réelle de ce délinquant. La loi du 12 décembre 2005 a créé une dérogation aux règles du concours réel en

¹⁶¹⁷ Loi n°2005-1549 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

¹⁶¹⁸ Art. 222-23 al. 2 C. pén.

¹⁶¹⁹ Art. 222-24 6° C. pén.

¹⁶²⁰ *Supra*, n°160.

¹⁶²¹ Cass. crim. 19 sept. 2006 : inédit, pourvoi n°05-81309 ; 30 sept. 2008 : inédit, pourvoi n°08-85037.

¹⁶²² Cass. crim. 9 août 2006 : inédit, pourvoi n°06-84115 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 137, obs. M. VERON.

instituant cette nouvelle circonstance aggravante au viol. Elle s'oppose à ce que l'auteur de viols en série puisse bénéficier d'un concours réel avantageux au regard de sa peine, alors qu'il en remplit toutes les conditions. Les infractions sérielles, dont l'unique lien entre elles repose sur le fait qu'elles sont l'œuvre d'un seul agent, sont une nouvelle manifestation de l'attention portée par la loi aux situations de répétition des infractions sexuelles »¹⁶²³. Cette solution se justifie d'un point de vue politique, quoi que l'on puisse s'interroger sur le choix du législateur de réserver un régime spécifique uniquement aux violeurs¹⁶²⁴.

Ainsi, qu'il s'agisse de la circonstance aggravante d'habitude ou de celle de concours, elles n'ont de la circonstance aggravante que le nom qui leur a été conféré par la doctrine car elles correspondent davantage à un règlement particulier de concours réel.

451. Conception de l'habitude circonstance aggravante. S'il est vrai que, du point de vue de la peine encourue, cette conception aboutit à la même solution qu'en appliquant la conception de l'infraction aggravée, le raisonnement suivi est différent. En premier lieu, dans la théorie de l'infraction aggravée, les infractions en concours sont d'une part, la première infraction servant de preuve du penchant délictueux et d'autre part, l'infraction aggravée composée de la seconde infraction et du penchant délictueux¹⁶²⁵. Par conséquent, les deux infractions ne sont pas punies de la même peine et, même si en application de la règle du non-cumul la peine prononcée par le juge est censée être indivisible, c'est en réalité la dernière infraction qui supporte l'aggravation. En second lieu, en appliquant le principe du non-cumul, la peine encourue pour l'ensemble des infractions ne pourra pas dépasser le montant encouru pour l'infraction aggravée. Finalement, on aboutit donc au même résultat qu'en admettant qu'il s'agit d'une application du cumul juridique. Toutefois, ce cumul juridique met mieux en évidence l'idée selon laquelle la peine aggravée sanctionne l'ensemble des infractions formant l'habitude et pas seulement la dernière. Si le cumul juridique met en valeur la spécificité de la sanction de l'habitude fondée sur le lien substantiel, il faut admettre que cette sanction n'est pas en elle-même propre à l'habitude.

¹⁶²³ A. DARSONVILLE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Viol, 2011, n°69.

¹⁶²⁴ Quid par exemple du meurtre ? L'aggravation prévue à l'art. 221-2 al.1 C. pén. ne vaut en effet que si les crimes sont concomitants, ce qui est exclu en matière d'habitude : *supra*, n°208 et s.

¹⁶²⁵ Car dans cette conception, l'habitude résiderait simplement dans le penchant délictueux de l'auteur et non dans les infractions précédemment commises qui ne serviraient que de preuve de ce penchant (*supra*, n°62), sous peine de porter atteinte à *ne bis in idem* (*supra*, n°117).

β) Absence de spécificité du cumul juridique des peines

452. Application du cumul juridique des peines en dehors du concours homogène.

Si le droit pénal applique le cumul juridique des peines pour sanctionner le concours réel homogène, on remarque toutefois que cette technique n'est pas propre à l'habitude. Elle trouve en effet également à s'appliquer lorsque le législateur fait d'une infraction la circonstance aggravante d'une autre infraction de nature différente¹⁶²⁶. Le domaine du cumul juridique n'est alors pas limité aux infractions de même nature. En effet, le législateur l'applique parfois à plusieurs infractions non identiques. Ces dérogations, parfois appelées « concours légalement aggravants »¹⁶²⁷ ou « cumuls juridiques »¹⁶²⁸, sont assez nombreuses : meurtre concomitant à un autre crime¹⁶²⁹ ; empoisonnement concomitant à un autre crime¹⁶³⁰ ; meurtre en corrélation avec un délit¹⁶³¹ ; vol précédé, accompagné ou suivi de violences¹⁶³² ; vol précédé, accompagné ou suivi de destructions, dégradations, détériorations¹⁶³³ ; extorsion précédée, accompagnée ou suivie de violences¹⁶³⁴ ; homicide ou blessures involontaires en concours avec délit de fuite, usage de stupéfiants ou conduite en état d'ivresse¹⁶³⁵ ; torture ou actes de barbarie accompagnés d'infractions sexuelles autres que le viol¹⁶³⁶, etc. Ces hypothèses ne correspondent en aucun cas à des habitudes dans la mesure où les infractions ne sont pas identiques ou assimilées. En outre, l'habitude pénale requiert non seulement une absence de concomitance entre les comportements, ce qui est par définition incompatible avec ces hypothèses, mais aussi une absence de causalité entre les comportements, alors que la

¹⁶²⁶ *Supra*, n°64.

¹⁶²⁷ J.-F. SEUVIC, « Chronique législative, Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive, pluralité d'infractions : concours, récidive, réitération », *RSC* 2006, p. 351, n°4.

¹⁶²⁸ V. notamment F. DE LABROUHE DE LABORDERIE, *Du cumul des délits en droit français, op. cit.*, p. 21 citant les articles 252, 279, 304, 305, 307, 341, 342, 344, 384 de l'ancien Code pénal. « Il y a bien pluralité d'actes et d'actes intrinsèquement punissables mais la loi considère leur ensemble comme un délit unique et leur applique collectivement une peine plus forte que chacune de celles qu'ils ont individuellement encourue et même que leur addition ».

V. aussi H. ANGEVIN, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 221-1 à 221-5-3, fasc. 20 : atteintes involontaires à la vie, 2007, n°115 : « la loi prévoit [...] une dérogation aux règles ordinaires du non-cumul des peines, une seule peine étant, certes, encourue, mais plus lourde que celle qui sanctionne l'infraction la plus sévèrement punie ».

¹⁶²⁹ Art. 221-2 al.1 C. pén.

¹⁶³⁰ Art. 221-5 al. 3 C. pén.

¹⁶³¹ Art. 221-2 al. 2 C. pén.

¹⁶³² Art. 311-4 4°, 311-5 1°, 311-6 al. 1, 311-7 al. 1, 311-9 al. 2, 311-10 al. 1 C. pén.

¹⁶³³ Art. 311-4 8° C. pén.

¹⁶³⁴ Art. 312-2 1°, 312-3 al. 1, 312-4 al. 1, 312-6 al. 2, 312-7 al. 1 C. pén.

¹⁶³⁵ Art. 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 C. pén.

¹⁶³⁶ Art. 222-3 al. 2 C. pén.

circonstance de corrélation posée dans certains de ces concours dérogatoires consiste précisément en une telle causalité.

La nature juridique exacte de ces cas suscite la controverse. En apparence, le législateur fait d'une infraction la circonstance aggravante d'une autre et aucune d'entre elles ne conserverait son autonomie juridique car elles seraient absorbées dans une seule infraction aggravée. Toutefois, l'étude du régime juridique de ces hypothèses a révélé que les infractions conservent leur individualité juridique puisque la tentative leur est isolément applicable¹⁶³⁷, chaque infraction isolée peut être amnistiée¹⁶³⁸ et reste soumise à sa propre loi¹⁶³⁹, et les différentes infractions doivent faire l'objet de questions séparées devant la cour d'assises¹⁶⁴⁰. Il semble donc plus exact de considérer qu'il s'agit d'un cas particulier de concours réel¹⁶⁴¹ : un concours hétérogène aggravant. Les deux infractions en concours sont alors dotées d'une peine unique, et « l'unicité de la peine aggravée répond à la dépendance reliant la dualité d'infractions »¹⁶⁴².

453. Sanction aggravée. Cette peine unique sanctionnant l'ensemble des infractions en concours est, comme pour l'habitude, aggravée par rapport à la peine encourue en application du principe de non-cumul. Par exemple, un vol simple est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende¹⁶⁴³, et des violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende¹⁶⁴⁴. Si les infractions, bien que concomitantes, étaient envisagées séparément, en vertu des règles applicables en matière de concours réel, l'auteur encourrait alors au maximum la peine prévue pour les violences, c'est-à-dire dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. Or, le législateur, estimant cette sanction insuffisante, prévoit une peine globale pour le « vol aggravé par la violence » fixée par l'article 311-7 qui dispose que

¹⁶³⁷ *Supra*, n°294.

¹⁶³⁸ *Supra*, n°312 et s.

¹⁶³⁹ *Supra*, n°301 et s.

¹⁶⁴⁰ *Supra*, n°418.

¹⁶⁴¹ Le seul argument qui tendrait à faire admettre que chaque infraction distincte ne conserve pas son individualité juridique mais appartient à un ensemble est le fait que dans ces hypothèses, la jurisprudence qualifie la « circonstance aggravante » de circonstance réelle de sorte que l'aggravation de peine s'étend à tous les participants, même ceux qui n'ont pas commis les deux infractions distinctes, et même s'ils n'ont pas connaissance de la pluralité d'infractions commises par l'auteur principal (pour le coauteur : v. *supra*, n°346 ; pour le complice : v. *supra*, n°356). Cette jurisprudence est cependant fort contestable.

¹⁶⁴² A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., n°98.

¹⁶⁴³ Art. 311-3 C. pén.

¹⁶⁴⁴ Art. 222-9 C. pén.

« le vol est puni de quinze ans de réclusion criminelle et de 150 000 euros d'amende lorsqu'il est précédé, accompagné ou suivi de violences sur autrui ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ». On voit bien dans cet exemple que le montant de la peine privative de liberté applicable à l'ensemble des deux infractions est supérieur à la somme des peines encourues séparément. Comme pour le concours homogène, il serait alors possible de classer ces cumuls juridiques selon que la peine encourue est inférieure, égale ou supérieure à la somme des deux infractions en concours¹⁶⁴⁵, mais cela n'est pas l'objet de l'étude, l'examen de ces concours n'ayant été abordée que pour comparer leurs sanctions avec celles de l'habitude.

Le législateur opte donc de plus en plus pour le cumul juridique des peines afin de faire échec au principe du non-cumul qui aboutit à des solutions trop clémentes. Même si cette technique n'est pas spécifique à l'habitude, il semble alors qu'elle doive être généralisée à tous les cas de concours homogène car celui qui accomplit plusieurs fois la même infraction manifeste une criminalité spécifique qui justifie une peine aggravée.

B. Les conséquences de l'influence de ce lien substantiel *de lege ferenda*

454. Vers une généralisation de l'application du cumul juridique des peines pour l'habitude. Le choix pour le cumul juridique des peines (plus communément appelé circonstance aggravante) en cas de concours réel homogène, c'est-à-dire de véritable habitude, semble particulièrement opportun dans la mesure où il semble logique que celui qui commet plusieurs infractions soit sanctionné plus sévèrement que celui qui n'en commet qu'une seule. Loin du système du cumul matériel des peines, qui est à la fois absurde et matériellement impossible à mettre en œuvre, le système du cumul juridique est le juste milieu entre l'excès de clémence du non-cumul et l'excès de sévérité du cumul matériel. Pourtant, il est en droit positif limité à quelques infractions, ce qui ne le rend pas forcément efficace. On pourrait alors souhaiter, avec d'autres¹⁶⁴⁶, une généralisation de ce mode de règlement du concours réel homogène¹⁶⁴⁷, d'autant que la règle du non-cumul des peines n'a

¹⁶⁴⁵ *Supra*, n°448.

¹⁶⁴⁶ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°486, à propos du concours réel en général.

¹⁶⁴⁷ Quant au concours réel hétérogène tel que défini *supra*, n°180, il ne nous appartient pas d'en juger puisqu'il ne s'agit pas d'une habitude.

qu'une valeur législative et qu'il est donc possible d'y déroger par une simple loi¹⁶⁴⁸. Plusieurs législations étrangères utilisent le cumul juridique des peines. C'est le cas notamment de l'Allemagne¹⁶⁴⁹, de la Suisse¹⁶⁵⁰, de l'Italie¹⁶⁵¹, des Pays-Bas¹⁶⁵², de la Suède¹⁶⁵³ ou encore de la Hongrie¹⁶⁵⁴.

455. Comparaison avec la récidive. En outre, un argument en faveur de la distinction entre concours homogène et concours hétérogène peut être tiré d'une comparaison avec le système de la récidive. En effet, les articles 132-8 et suivants du Code pénal distinguent, selon la gravité des infractions, si la deuxième infraction est identique à la première ou non¹⁶⁵⁵. Dès lors, il serait possible de procéder à la même distinction, même lorsque les infractions ne sont pas séparées par une décision de condamnation. Dans l'idéal, il faudrait se contenter d'une stricte identité entre les comportements, exiger qu'ils aient exactement la même qualification. En effet, l'assimilation d'infractions telle qu'elle existe en matière de récidive n'est pas souhaitable car elle a pour conséquence de réduire à peau de chagrin la distinction entre récidive spéciale et récidive générale¹⁶⁵⁶ ; mieux vaut alors éviter de reproduire ce système en matière de concours réel d'infractions.

Cependant, tout comme dans la récidive où la condition d'analogie porte parfois sur la gravité de l'infraction, il serait possible de considérer comme étant un concours réel homogène les infractions de gravité similaire lorsqu'elles sont punies de dix ans d'emprisonnement ou plus. En effet, il semble qu'à partir d'un certain seuil de gravité, la gravité suffit à considérer que les infractions sont analogues¹⁶⁵⁷.

Dans la mesure où il serait peut être sévère de généraliser cette circonstance à toutes les infractions, il serait loisible au législateur de choisir un seuil de gravité à partir duquel le concours homogène serait régi par le système du cumul juridique, par exemple lorsque l'infraction simple est punie de cinq ans d'emprisonnement.

¹⁶⁴⁸ Cons. const. 30 juill. 1982, déc. n°82-143 DC.

¹⁶⁴⁹ Art. 74 du Code pénal allemand.

¹⁶⁵⁰ Art. 49 du Code pénal suisse.

¹⁶⁵¹ Art. 81 du Code pénal italien.

¹⁶⁵² Art. 57 et 58 du Code pénal des Pays-Bas.

¹⁶⁵³ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., n°573.

¹⁶⁵⁴ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., n°573.

¹⁶⁵⁵ *Supra*, n°161 et s.

¹⁶⁵⁶ *Supra*, n°177.

¹⁶⁵⁷ *Supra*, n°181 et s.

456. Conclusion de la Section 1. L'étude des sanctions des habitudes qui ne comprennent pas de condamnation a mis en évidence l'influence du lien d'analogie. En premier lieu, on a pu constater que la sanction de l'infraction d'habitude reposait sur l'identité des comportements répétés. L'infraction d'habitude est l'exemple-type de l'habitude pour laquelle la sanction de l'ensemble est supérieure à la somme des comportements isolés. En second lieu, la comparaison des sanctions du concours réel homogène et du concours réel hétérogène a permis de démontrer que le droit pénal sanctionne plus sévèrement les infractions en concours lorsqu'elles sont d'une nature identique que lorsqu'elles sont différentes. Tandis que le concours réel hétérogène est gouverné par le principe de non-cumul des peines, le concours réel homogène est, lui, régi par le système du cumul juridique. Il serait d'ailleurs souhaitable d'étendre le cumul juridique à l'ensemble des concours homogènes. Le lien d'analogie entre les comportements étant le fondement principal de l'habitude, il est en effet parfaitement logique que la sanction aggravée de cet ensemble de comportements soit fonction de l'intensité de ce lien.

Ainsi, l'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales non judiciaires a été démontrée. Elle devrait également se vérifier en ce qui concerne les habitudes pénales judiciaires.

Section 2 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales judiciaires

457. Différences de sanctions entre la récidive et la réitération. La récidive et la réitération sont deux habitudes pénales *judiciaires*, en ce qu'elles partagent l'exigence d'une condamnation irrévocable entre les infractions répétées¹⁶⁵⁸. Or, affirmer que c'est l'existence de cette condamnation pénale et l'avertissement solennel de la justice qui en résulte¹⁶⁵⁹ qui justifient la sévérité du législateur à l'encontre du récidiviste est aujourd'hui un lieu commun. Pourtant, cette idée ne peut pas expliquer à elle seule pourquoi le récidiviste et le réitérant sont soumis à des sanctions différentes. En effet, si le fondement de l'aggravation de la sanction du récidiviste résidait uniquement ou très majoritairement dans l'existence d'une condamnation, le réitérant ne devrait-il pas être traité de manière aussi rigoureuse que le récidiviste ? Force est de constater que cela n'est pas le cas. Quelle est alors la différence entre les deux auteurs habituels qui justifie que l'un soit l'obsession du législateur et pas l'autre ? La différence entre les deux institutions réside dans le fait que la récidive requiert pour sa constitution deux conditions cumulatives : un lien d'analogie entre les infractions¹⁶⁶⁰, ainsi qu'un lien temporel¹⁶⁶¹, alors que la réitération se définit *a contrario* de la récidive, étant censée la « compléter ». Le lien substantiel dans la réitération est ainsi assez faible¹⁶⁶². Dès lors, si seul ce paramètre diffère entre les deux institutions, c'est bien la preuve qu'il constitue le fondement de la sanction aggravée du récidiviste. La comparaison des sanctions applicables en matière de récidive et de réitération met d'ailleurs en évidence une grande disparité¹⁶⁶³. Cette disparité, qui se manifeste aussi à propos de certaines mesures de sûreté¹⁶⁶⁴, est

¹⁶⁵⁸ *Supra*, n°239 et s.

¹⁶⁵⁹ *Infra*, n°496 et s.

¹⁶⁶⁰ *Supra*, n°179.

¹⁶⁶¹ *Supra*, n°235.

¹⁶⁶² Il faut cependant reconnaître que la réitération est impossible de crime à crime puisque dans ces hypothèses, la récidive est générale (la condition d'analogie ne peut donc pas faire défaut) et perpétuelle (la condition temporelle ne peut donc pas non plus faire défaut).

¹⁶⁶³ Il ne sera pas question ici d'étudier toutes les sanctions propres à la récidive car une telle étude ne permettrait pas de la comparer à la réitération. Toutefois, il faut préciser que la récidive a de nombreuses conséquences, notamment en ce qui concerne la rétention de sûreté et l'exécution des peines. Par exemple, la récidive diminue la durée du crédit de réduction de peine comme celle des réductions supplémentaires, elle augmente le délai de réhabilitation (art. 133-13 et 133-14 C. pén.) et celui d'admissibilité à la libération conditionnelle, elle rend plus difficile l'octroi des permissions de sortir, etc. Pour une étude détaillée de ces règles, v. M. HERZOG-EVANS, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Récidive, préc., n°251 et s.

¹⁶⁶⁴ Par exemple, l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAVIS), normalement prévue pour les primodélinquants ayant accompli certaines infractions sexuelles ou violentes, est, depuis la loi du 12 décembre 2005, possible pour les crimes de meurtre ou assassinat

particulièrement évidente s'agissant des peines *stricto sensu*. En effet, la présence ou l'absence du lien substantiel se répercute aussi bien sur le maximum de la peine encourue (§ 1) que sur l'individualisation de la peine (§ 2).

§ 1 : L'influence du lien substantiel sur le maximum de la peine encourue

458. Présence ou absence d'une circonstance aggravante. Le législateur a choisi de faire varier la sanction de l'habitude en fonction de l'intensité du lien substantiel unissant les infractions répétées. Ainsi, ce lien étant beaucoup plus soutenu en matière de récidive que de réitération, la première est sanctionnée plus sévèrement que la seconde. Techniquement, la sanction de la récidive est ainsi plus grave car celle-ci constitue une circonstance aggravante (A), contrairement à la réitération (B) qui n'en est pas une.

A. L'aggravation de peine résultant de la récidive

459. Aggravation supportée par la dernière infraction. La récidive est généralement présentée comme la seule circonstance aggravante générale¹⁶⁶⁵. En effet, la première infraction ayant déjà été sanctionnée du fait de la condamnation, seule la seconde infraction (ou plus généralement la dernière infraction en cas de mulirécidive) peut supporter l'aggravation de la peine résultant de l'état de récidive. Cette idée se justifie techniquement par le respect de la

commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale (Art. 706-53-1 et s. C. proc. pén.). La répétition d'infractions analogues en état de récidive justifie donc une inscription sur ce fichier alors qu'une telle mesure n'est pas prévue en cas de simple réitération d'infractions.

Une telle inscription est qualifiée de « mesure préventive » excluant par conséquent l'application de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 17 déc. 2009 : n°5335/06 – Défendeur : France, D. 2010, p. 93, note K. GACHI ; RSC 2010, p. 239, note D. Roets), de « mesure de police » par le Conseil constitutionnel (Cons. constit. 2 mars 2004, déc. n°2004-492 DC, cons. n°91 : RSC 2005, p. 122) et de « une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de leurs auteurs » (Cass. crim. 30 janv. 2008 : AJ pénal 2008, p. 242, obs. M. HERZOG-EVANS) qui n'est donc pas soumise au principe de non-rétroactivité des lois de fond plus sévères (Cass. crim. 31 oct. 2006 : Bull. crim. n°267 ; D. 2006, IR 2945).

¹⁶⁶⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°716 ; A. CHAVANNE, « Les circonstances aggravantes en droit français », préc., p. 530 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n°503 ; E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1370 (implicitement) ; E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine, op. cit.*, n°83 (faisant remarquer à juste titre qu'elle ne trouvait cependant pas à s'appliquer aux contraventions des quatre premières classes : *supra*, n°162) ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes, op. cit.*, n°14 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, n°474.

Contra : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 2, *op. cit.*, n°805, selon lequel les circonstances aggrantes générales sont celles qui s'appliquent à un groupe d'infractions, par opposition aux circonstances spéciales qui sont limitées à certaines infractions.

règle *ne bis in idem* qui interdit de punir une personne deux fois pour les mêmes faits. Pourtant, cela ne signifie pas que cette peine aggravée ne sanctionne pas l'ensemble des infractions répétées car « le droit transpose la dépendance unissant ces infractions dans une pénalité unique aggravée »¹⁶⁶⁶. Autrement dit, le droit pénal ne punit pas le délinquant deux fois pour les mêmes faits mais tient compte de son passé pénal¹⁶⁶⁷. En effet, la sanction de l'ensemble est supérieure à la somme des sanctions isolées, ce qui illustre parfaitement l'idée que l'habitude est dotée d'une sanction propre, même si plusieurs études criminologiques ont montré que le durcissement de la peine en cas de récidive n'est pas toujours efficace et ne permet pas forcément de prévenir toute réitération¹⁶⁶⁸. Le délinquant ne raisonnerait pas en effet en termes de lourdeur de la sanction mais de certitude de celle-ci¹⁶⁶⁹, « la certitude d'un châtement même modéré faisant toujours une impression plus vive que la crainte d'un châtement plus terrible jointe à l'espérance de l'impunité »¹⁶⁷⁰.

460. Absence d'aggravation des peines complémentaires ou de substitution.

L'aggravation de la sanction en cas de récidive ne vaut que pour les peines principales sauf disposition légale contraire¹⁶⁷¹, ce qui exclut donc les peines de substitution¹⁶⁷². Les peines complémentaires ne sont pas non plus soumises à l'aggravation. Cependant, il est intéressant de noter que certaines peines complémentaires ne sont prononcées qu'en cas de récidive spéciale, ce qui tend à montrer que la répétition d'infractions analogues par leur qualification¹⁶⁷³ a des conséquences particulières. Ainsi, l'article L. 234-12 du Code de la route prévoit la confiscation obligatoire du véhicule dont le prévenu s'est servi pour commettre l'infraction s'il en est propriétaire et l'immobilisation, pendant une durée d'un an au plus, du véhicule dont le prévenu s'est servi pour commettre l'infraction, s'il en est propriétaire, en cas de récidive des infractions prévues aux articles L. 234-1 (conduite sous

¹⁶⁶⁶ A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., n°114.

¹⁶⁶⁷ *Supra*, n°92.

¹⁶⁶⁸ V. notamment M. HERZOG EVANS, *Rép. pén. Dalloz*, v° Récidive, préc., n°37 et les références citées.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, (nouvelle traduction française avec introduction de M. Ancel et G. Stéfani), Cujas, 1966, chap. 20, p. 107.

¹⁶⁷¹ Ainsi, par exemple, l'article 63 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse exclut le mécanisme de la récidive, sauf pour les infractions prévues aux articles 24 alinéas 5, 6, 8 et 9, article 32 alinéas 2 et 3, et article 33 alinéas 3 et 4.

¹⁶⁷² V. à propos d'une interdiction du territoire : Cass. crim. 18 janv. 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 56, obs. J.-H. ROBERT. Dans cette affaire, la Cour de cassation refusait le doublement de la durée de l'interdiction du territoire sous l'effet de la récidive.

¹⁶⁷³ *Supra*, n°161 et s.

l'empire d'un état alcoolique) et L. 234-8 (refus de se soumettre aux vérifications d'alcoolémie). De même, le Code du travail en fournit plusieurs exemples : l'article L. 260-1 prévoit ainsi que c'est « en cas de récidive seulement » des infractions aux dispositions relatives au travail des femmes ou des enfants que sont encourues les peines d'affichage du jugement ou de publication de celui-ci dans un ou plusieurs journaux du département. L'article 263-6 prévoit quant à lui une peine d'interdiction d'exercer certaines fonctions spécialement énumérées par la juridiction de jugement, au sein de l'entreprise, en cas de récidive de l'infraction aux articles L. 263-1 et L. 263-4. Le Code de la santé publique prévoit quant à lui, à l'article L. 3351-7, qu'en cas de récidive, lorsque la première infraction ne fait encourir qu'une peine d'amende, une interdiction pour une durée de cinq ans, de la vente de la boisson alcoolique qui a fait l'objet de l'opération illégale. L'article L. 3336-2 prévoit qu'une personne qui a été condamnée pour récidive de coups et blessures et d'ivresse publique ne peut, durant cinq ans après sa condamnation, exploiter un débit de boisson à consommer sur place. Ici, on perçoit facilement que lorsque le délinquant est dépendant de l'alcool, la peine complémentaire est encourue à raison de la répétition de ce même comportement violent. Ainsi, même si la récidive n'entraîne pas d'aggravation des peines complémentaires, l'analogie entre les infractions fait encourir aux délinquants des peines complémentaires spécifiques. En revanche, les peines principales sont systématiquement aggravées.

461. Montant de l'aggravation pour les personnes physiques. Ainsi, les articles 132-8 et suivants du Code pénal précisent les peines encourues en cas de récidive, ces peines variant selon le cas de récidive concerné. S'agissant d'abord des personnes physiques, il faut distinguer quatre catégories en fonction de la peine encourue pour la première infraction¹⁶⁷⁴. Evidemment, lorsque la première infraction constitue un crime puni de la réclusion ou détention criminelle à perpétuité, il n'y a pas d'aggravation possible. Lorsque la récidive est générale et perpétuelle¹⁶⁷⁵, le maximum de la peine encourue pour la seconde infraction est la perpétuité lorsque la peine initialement encourue est de vingt ou trente ans, et de trente ans

¹⁶⁷⁴ Sur la prise en compte de la peine encourue et non de la peine prononcée : v. *supra*, n°256. Cette prise en compte de la durée de la peine encourue pour la première infraction peut susciter des difficultés lorsqu'il s'agit d'une infraction commise à l'étranger (sur la possibilité de prendre en compte des condamnations prononcées à l'étranger : v. *supra*, n°272 et s). Selon E. DREYER, il faudrait apprécier cette durée à partir de la législation étrangère, sauf si la loi française est plus favorable (*Droit pénal général, op. cit.*, n°1402, note de bas de page n°232).

¹⁶⁷⁵ Sur la notion de récidive générale : *supra*, n°181 et s. ; sur la notion de récidive perpétuelle : v. *supra*, n°232.

lorsque la peine normalement encourue est de quinze ans¹⁶⁷⁶. Concernant la récidive générale et temporaire¹⁶⁷⁷, le maximum de la peine encourue pour la seconde infraction correspond au double de la peine d'emprisonnement et de l'amende normalement encourue¹⁶⁷⁸. Il en va de même pour la récidive correctionnelle spéciale et temporaire¹⁶⁷⁹, car dans cette hypothèse la répétition du même délit « révèle les mêmes instincts »¹⁶⁸⁰ et justifie alors une sanction aggravée. Enfin, en cas de récidive d'une contravention de cinquième classe, le maximum de la peine d'amende encourue est porté à 3 000 euros¹⁶⁸¹, sauf si la loi prévoit que la récidive de cette contravention constitue un délit¹⁶⁸².

Le doublement de ces peines apparaît particulièrement sévère car les circonstances aggravantes auraient pour effet d'élever les peines applicables d'un degré¹⁶⁸³ et non de les doubler. On peut ainsi souhaiter, avec certains¹⁶⁸⁴, d'envisager un système de gradation de la peine en plusieurs degrés en fonction du nombre de récidives constatées. Ainsi, par exemple, en droit espagnol, lorsque le prévenu cumule la circonstance aggravante de récidive avec trois autres condamnations définitives pour des infractions relevant du même titre du code pénal, l'article 66 du Code pénal dispose que le juge peut prononcer « une peine d'un degré supérieur à celui établi par la loi pour l'infraction considérée ».

Par dérogation aux règles fixées par les articles 132-8 et suivants du Code pénal, le législateur prévoit parfois des sanctions particulières pour certaines infractions au Code du travail¹⁶⁸⁵, Code de la santé publique¹⁶⁸⁶, Code de la sécurité sociale¹⁶⁸⁷, Code général des

¹⁶⁷⁶ Art. 132-8 C. pén.

¹⁶⁷⁷ Sur la notion de récidive temporaire, v. *supra*, n°214 et s.

¹⁶⁷⁸ Art. 132-9 C. pén.

¹⁶⁷⁹ Art. 132-10 C. pén. Sur la notion de récidive spéciale, v. *supra*, n°161 et s.

¹⁶⁸⁰ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey 1938, n°827.

¹⁶⁸¹ Art. 132-11 al. 1 C. pén.

¹⁶⁸² Art. 132-11 al. 2 C. pén.

¹⁶⁸³ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1416.

¹⁶⁸⁴ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1416.

¹⁶⁸⁵ Art. L. 4741-1 al. 2 ; L. 4741-9 al. 2.

¹⁶⁸⁶ Par ex. art. L. 2326-1 C. santé. publ. : Le fait d'ouvrir ou de diriger sans autorisation un établissement de santé recevant des femmes enceintes ou de négliger de se conformer aux conditions de l'autorisation est puni de 4500 euros d'amende. La récidive est punie de deux ans d'emprisonnement et de 9 000 euros d'amende. L'article L. 3351-6 du même Code punit la mise à disposition du public d'un appareil automatique distribuant des boissons alcooliques de 3 750 euros d'amende, et la récidive de cette infraction de six mois d'emprisonnement en plus de l'amende. L'article L. 1275-1 prévoit quant à lui que la modification ou la tentative de modification des caractéristiques du sang d'une personne avant prélèvement en infraction aux dispositions de l'article L. 1221-6 est punie de 45 000 euros d'amende. En cas de récidive, une peine d'emprisonnement de six mois peut en outre être prononcée.

¹⁶⁸⁷ Ainsi l'infraction prévue à l'article L. 244-13 est punie d'une amende de 1 500 euros et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 3 750 euros.

impôts¹⁶⁸⁸, Code de l'environnement¹⁶⁸⁹, ou encore Code de l'urbanisme¹⁶⁹⁰. Ces règles spéciales sont en général plus sévères que les règles de droit commun, notamment lorsqu'en plus du doublement du montant de l'amende, est encourue une peine d'emprisonnement.

Il est intéressant de remarquer que l'aggravation de la peine n'a pas pour conséquence de modifier la nature de l'infraction¹⁶⁹¹. Elle est en outre encourue même en l'absence de réquisitions spéciales du ministère public¹⁶⁹², ce qui semble logique au regard de la définition proposée de l'habitude pénale selon laquelle l'habitude est systématiquement caractérisée dès la seconde infraction, augmentant ainsi systématiquement l'aggravation de peine.

462. Droit comparé. La récidive est une cause d'aggravation de la peine dans la plupart des législations étrangères. Ainsi, par exemple, l'article 22 du Code pénal espagnol fait de la récidive une circonstance aggravante qui est constituée si, à l'occasion de la commission d'un acte délictueux, le coupable a déjà été condamné de manière définitive pour une autre infraction de même nature figurant au sein du même titre du code pénal, ce qui équivaut à la récidive spéciale (infractions identiques ou assimilées). Lorsque la situation de récidive est caractérisée, l'article 66 du Code pénal espagnol dispose que les juges doivent appliquer la peine prévue « dans la moitié supérieure de la peine fixée par la loi pour l'infraction considérée »¹⁶⁹³. A titre d'exemple, lorsqu'un prévenu a été condamné définitivement pour un vol avec violence et qu'il commet de nouveau les mêmes faits, le juge devra prononcer, non pas une peine de 2 à 5 ans d'emprisonnement prévue par l'article 242-1 du code pénal, mais une peine au moins égale à 3 ans et demi d'emprisonnement sans pouvoir excéder cinq années. De même, les articles 54 à 56 et 565 du Code pénal belge prévoient une aggravation de peine en cas de récidive, généralement portée au double de la peine maximum¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁸⁸ Par ex. art. 1813 CGI en matière d'utilisation d'un appareil de distillation ambulant, et d'importation, acquisition, location, transformation d'un appareil propre à la fabrication d'eaux de vie. Tandis que l'infraction simple est punie d'une amende de 6 000 euros, en cas de récidive, une peine d'emprisonnement peut en outre être prononcée (ce qui signifie en plus de l'amende de 6 000 euros).

V. aussi l'art. 1741 (rédaction antérieure à la loi n°2009-526 du 12 mai 2009) en matière de soustraction frauduleuse au paiement de l'impôt.

¹⁶⁸⁹ Art. L. 437-22 (infraction en matière de pêche), et art. L. 218-11 (rejet de substances polluantes).

¹⁶⁹⁰ Art. L.480-4 (construction en méconnaissance des obligations légales ou du permis de construire).

¹⁶⁹¹ *Supra*, n°291.

¹⁶⁹² Cass. crim. 6 févr. 1823 : Bull. crim. n°21 ; 9 juin 1826 : Bull. crim. n°110 ; 18 nov. 1880 : Bull. crim. n°201 ; 12 janv. 1882 : Bull. crim. n°6 ; 6 nov. 1891 : Bull. crim. n°213.

¹⁶⁹³ Rapport d'information de l'Assemblée Nationale n°1718, 7 juill. 2004, préc.

¹⁶⁹⁴ V. D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale, op. cit.*, p. 223.

463. Comparaison avec le droit disciplinaire. Le droit disciplinaire de l'entreprise connaît également une certaine forme de récidive. En effet, il peut arriver qu'un salarié déjà sanctionné pour une faute disciplinaire, commette dans un certain délai¹⁶⁹⁵ une nouvelle faute. L'employeur va donc généralement en tenir compte pour fixer la sanction applicable. A la différence du droit pénal, l'employeur n'est pas lié par le principe de légalité des peines : il peut en effet choisir la sanction applicable¹⁶⁹⁶, allant du simple avertissement au licenciement disciplinaire. L'article L. 1321-1 3° du Code du travail précise cependant que le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. Ce texte peut donc être interprété comme introduisant, dans le droit disciplinaire de l'entreprise, la règle *nulla poena sine lege*. Les sanctions non prévues dans la liste figurant au règlement intérieur ne pourraient alors être valablement prises par le chef d'entreprise. S'agissant de la sanction la plus grave, le licenciement disciplinaire, le règlement intérieur peut limiter l'étendue du pouvoir disciplinaire, par exemple, en le subordonnant à l'existence chez le même salarié de sanctions antérieures¹⁶⁹⁷. Cependant, la jurisprudence ne tient pas compte de ces limitations et admet que l'employeur puisse prononcer des sanctions non prévues dans le règlement intérieur¹⁶⁹⁸. Il faut toutefois remarquer que la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, notamment devant le conseil des prud'hommes, comme le prévoit l'article L. 1333-1 du Code du travail.

Dans le droit de la fonction publique, le comportement antérieur de l'agent peut également être pris en compte pour déterminer le niveau de sanction à infliger. Ainsi, l'autorité territoriale devra tenir compte de ce comportement sur plusieurs années, et notamment des faits ayant donné lieu à de précédentes sanctions disciplinaires¹⁶⁹⁹. Elle ne peut, cependant, mentionner des sanctions qui ont été effacées ou amnistiées mais seulement les faits à l'origine de ces sanctions ; le juge devra donc être vigilant dans la motivation de la

¹⁶⁹⁵ *Supra*, n°224. En ce sens, cette répétition de faute ressemble à la récidive temporaire.

¹⁶⁹⁶ Sous réserve cependant des amendes ou autres sanctions pécuniaires qui ne peuvent pas être prononcées, conformément à l'article L. 1331-2 du Code du travail.

¹⁶⁹⁷ Cass. soc. 17 déc. 1997 : Bull. civ. V n°453, *Dr. soc.* 1998, p. 284, obs. A. JEAMMAUD ; Cass. soc. 15 janv. 2002 : Bull. civ. V n°13.

¹⁶⁹⁸ Sur ce point, v. notamment J. SAVATIER, *Rép. trav. Dalloz*, v° Droit disciplinaire, 2011, n°157 et s. Adde J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD et G. AUZERO, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008, n°879 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit privé, 13^{ème} éd., 1993, p. 184 ; B. SOINNE, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. soc.* 1983, p. 509.

¹⁶⁹⁹ Pour un fonctionnaire qui avait déjà fait l'objet d'un blâme et d'une exclusion temporaire de fonctions et dont les absences injustifiées et répétées justifiaient sa révocation : CE 23 avr. 1997, req. n°134419, *M. Joseph X.* ; 21 juin 2000, req. n°179218, *M. Max X.*

sanction car des faits qui ont déjà été sanctionnés ne peuvent l'être à nouveau : ils ne peuvent être pris en compte que comme des éléments d'appréciation du niveau de la sanction et doivent impérativement être mentionnés à la suite des faits nouveaux qui justifient la nouvelle sanction¹⁷⁰⁰.

464. Montant de l'aggravation pour les personnes morales. S'agissant ensuite des personnes morales¹⁷⁰¹, quel que soit le cas de récidive¹⁷⁰², le taux maximum de l'amende applicable est égal à dix fois celui qui est prévu par la loi qui réprime la seconde infraction¹⁷⁰³. La doctrine est généralement assez sceptique quant à l'utilité du système de récidive créé pour les personnes morales, notamment parce que les peines prononcées dans la pratique sont tellement éloignées du maximum normal qu'elles laissent suffisamment de marge de manœuvre au juge pour sévir contre le récidiviste sans qu'il soit besoin de décupler le maximum encouru¹⁷⁰⁴. En outre, nombre d'auteurs critiquent les incohérences entre la récidive des personnes physiques et celle des personnes morales. Le problème principal tient au critère de référence retenu, à savoir l'amende encourue par les personnes physiques. Si, lors de la création du nouveau Code pénal, la « règle des 100 000 francs » par année d'emprisonnement était généralement respectée, elle comportait des exceptions car certains délits sont frappés d'amendes plus élevées (recel, escroquerie, abus de confiance, etc). Ils permettaient ainsi d'appliquer la récidive générale et perpétuelle à une personne morale qui commettaient un crime, ou la récidive générale temporaire si la personne morale commettait un délit. Or, parallèlement, une personne n'est pas en état de récidive si elle ne remplit pas les conditions de délai et de spécialité de la récidive correctionnelle. Cette incohérence pourrait être corrigée en remplaçant la référence à la peine d'amende par la référence à la peine d'emprisonnement encourue par les personnes physiques¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰⁰ CAA Nantes 20 déc. 2002, req. n°01NT00010, *Commune de Cossé-le-Vivien* ; CE 6 sept. 1995, req. n°144028, *Commune de Lamentin* : « Considérant [...] que si des faits qui ont déjà donné lieu à une sanction disciplinaire peuvent être pris en compte par l'autorité administrative pour fixer le degré de la sanction qu'elle entend infliger à l'agent en raison d'une faute postérieure à ces faits, ceux-ci ne sauraient en revanche légalement fonder une nouvelle sanction en l'absence d'une telle faute postérieure ».

¹⁷⁰¹ Pour une présentation sous forme de tableau, v. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°477.

¹⁷⁰² Sur la présentation des différents cas : *supra*, n°188.

¹⁷⁰³ Art. 132-12 à 132-15 C. pén.

¹⁷⁰⁴ En ce sens, D. THOMAS, « Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1119.

¹⁷⁰⁵ J.-Y. MARECHAL, *J.-Cl. Pénal*, art. 131-37 à 131-49, fasc. 10 : peines applicables aux personnes morales, peines criminelles et correctionnelles, 2010, n°98.

465. Précisions sur le calcul du montant de l'aggravation. S'il est *a priori* aisé de mettre en application les prescriptions évoquées précédemment, il faut tout de même préciser que c'est à partir de la peine encourue en tenant compte, le cas échéant, des circonstances aggravantes spéciales que le juge déterminera la peine maximale susceptible d'être infligée à la personne en état de récidive¹⁷⁰⁶. Deux justifications sont généralement avancées. D'abord, les circonstances aggravantes autres que la récidive ont pour effet de modifier la nature de l'infraction¹⁷⁰⁷, ce qui impose de les examiner en premier afin de pouvoir envisager correctement le cas de récidive concerné et la peine applicable ; ensuite, en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, il est logique d'envisager les circonstances aggravantes spéciales avant la récidive, qui est la seule circonstance aggravante générale. Le même raisonnement est d'ailleurs applicable en présence d'une cause légale de diminution de peine, auquel cas il faut d'abord appliquer les circonstances aggravantes spéciales, puis éventuellement les causes de diminution de peine¹⁷⁰⁸ et enfin l'aggravation résultant de la récidive.

466. Peine aggravée par rapport à la somme des peines isolées. La sanction de la récidive est au final particulièrement sévère. En effet, le délinquant aura subi une peine plus sévère que l'addition mathématique des peines encourues pour chaque infraction puisque la peine de la seconde infraction est aggravée. Cela illustre donc bien l'idée selon laquelle le droit pénal regroupe différentes infractions au sein d'un même ensemble afin de le doter de sanctions particulières. Cette idée se vérifie d'ailleurs également à propos de la réitération alors même qu'à la différence de la récidive, la réitération n'est pas une circonstance aggravante.

B. La réitération d'infraction non constitutive d'une circonstance aggravante

467. Nature juridique de la réitération. La notion de réitération a été consacrée par la loi du 12 décembre 2005¹⁷⁰⁹. Auparavant, c'était une notion doctrinale, qui avait cependant

¹⁷⁰⁶ En ce sens : M. DALLOZ, *Rép. pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, préc., n°56 ; D. THOMAS, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, préc., n°124.

¹⁷⁰⁷ *Supra*, n°291.

¹⁷⁰⁸ Actuellement : art. 221-5-3, 222-6-2, 222-43-1, 224-5-1, 224-8-1, 225-4-9, 225-11-1, 311-9-1, 312-6-1, 414-4 et 442-10 C. pén.

¹⁷⁰⁹ *Supra*, n°19. La sanction de la réitération a suscité de nombreux débats parlementaires. En effet, le second alinéa de l'article 132-16-7 tendait à encadrer la mission du juge dans la détermination de la sanction pénale en

quelques effets juridiques. L'inscription au casier judiciaire de la condamnation avait ainsi implicitement un effet en empêchant le réitérant de bénéficier du sursis¹⁷¹⁰. Néanmoins, c'est cette loi qui a doté la réitération d'un régime juridique précis. Dès sa consécration, la doctrine s'est penchée sur la nature juridique de cette institution. Certains ont ainsi pu la considérer comme une circonstance aggravante générale, au même titre que la récidive, car elle entraîne un « cumul de peines, donc nécessairement une sanction plus forte »¹⁷¹¹. Cette qualification semble toutefois erronée : en effet, les circonstances aggravantes se définissent comme « des faits qui, déterminés par la loi, se joignent à une infraction préexistante et entraînent une élévation de la peine dans des proportions légalement établies par le législateur »¹⁷¹². Pour être circonstance aggravante, il aurait donc fallu que la réitération ait pour effet d'augmenter la peine encourue pour la seconde infraction commise en état de réitération. Or, ce n'est pas le cas puisque la réitération a simplement pour effet d'empêcher la confusion de peines entre la peine déjà subie pour la première infraction et la peine prononcée pour la seconde¹⁷¹³. La situation du réitérant est certes bien aggravée par rapport à celle de l'auteur d'un concours réel d'infractions, mais la peine de la seconde infraction n'est pas « aggravée » *stricto sensu*. Les peines se cumulent purement et simplement sans possibilité de confusion et le seul problème que pose la réitération est d'ordre arithmétique¹⁷¹⁴. Ainsi, tandis que dans la récidive, la peine encourue pour la seconde infraction est une peine aggravée¹⁷¹⁵, dans la réitération, cette peine ne l'est pas.

468. Exemple de la différence de peine encourue entre le récidiviste et le réitérant.

Par exemple, une personne est condamnée pour agression sexuelle autre que le viol ; cette infraction étant un délit puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende¹⁷¹⁶, la

interdisant la confusion de peine ; le 10 février 2005, lors de l'adoption de cette disposition, le Sénat a supprimé du projet initial la possibilité d'un cumul des peines sans limites attaché à la prise en compte par la juridiction de la situation de réitération de l'individu, craignant une dérive « du système pénal français vers un régime à l'américaine » (Rapport de G. LEONARD n°2452 au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi modifiée par le Sénat, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 juillet 2005, p. 19).

¹⁷¹⁰ *Infra*, n°477.

¹⁷¹¹ M. WAGNER, *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n°121.

¹⁷¹² C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, *op. cit.*, n°2.

¹⁷¹³ Art. 132-16-7 al. 2 C. pén. : « Les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de *quantum* et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente ».

¹⁷¹⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°893.

¹⁷¹⁵ *Supra*, n°459.

¹⁷¹⁶ Art. 222-27 C. pén.

récidive est spéciale et temporaire¹⁷¹⁷. Par conséquent, pour que l'état de récidive soit constitué, il faut que le délinquant commette la même infraction ou une infraction assimilée (en l'occurrence une atteinte sexuelle¹⁷¹⁸) dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration de la peine prononcée pour la première infraction. Si c'est le cas, la peine encourue pour la seconde infraction sera doublée, soit dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. En revanche, si le délinquant commet une infraction non analogue mais punie des mêmes peines, comme par exemple un chantage¹⁷¹⁹, il sera en état de réitération : il encourra donc pour la seconde infraction la peine « simple », c'est-à-dire cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. De même, si le délinquant commet une nouvelle agression sexuelle, mais que celle-ci intervient plus de cinq ans après l'expiration de la première peine, il sera en état de réitération et encourra la peine évoquée ci-dessus. Le réitérant encourt donc une peine strictement équivalente à la somme des peines encourues isolément pour chaque infraction, sans pouvoir solliciter la confusion de la seconde dans la première. Ici on voit donc la différence de traitement entre le récidiviste et le réitérant¹⁷²⁰, fondée sur la présence ou l'absence du lien temporel et d'analogie. Mais cette différence est-elle vraiment justifiée ?

469. Appréciation de ces différences de sanctions. Selon certains auteurs, cette distinction entre récidive et réitération constituerait une « faille criminologique »¹⁷²¹, notamment au regard des statistiques. Selon les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 10 août 2007¹⁷²², les condamnations prononcées au cours de l'année 2005 pour lesquelles un état de récidive était retenu font apparaître un taux moyen de récidive de 2,6% pour les crimes et de 6,6 % pour les délits alors que le taux moyen de réitération pour les délits au cours de la même année était d'environ 30,1 %. La criminalité d'habitude ne résiderait donc pas dans la pratique de la récidive, mais dans celle de la réitération, ce qui mettrait en évidence l'incohérence et l'inefficacité de la distinction. Certains auteurs émettent ainsi des doutes quant à la pertinence de la distinction entre récidive et réitération : « on cerne

¹⁷¹⁷ Art. 132-10 C. pén. Sur la notion de récidive spéciale : v. *supra*, n°161 et s. ; sur la notion de récidive temporaire : v. *supra*, n°214 et s.

¹⁷¹⁸ Puisque l'article 132-16-1 du Code pénal dispose que les délits d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

¹⁷¹⁹ Art. 312-10 C. pén.

¹⁷²⁰ Sans compter toutes les différences liées à la qualité de récidiviste en matière d'exécution des peines.

¹⁷²¹ E. VERGES, « Peines plancher et retour des circonstances d'atténuation de la peine : le pouvoir d'individualisation de la sanction à l'épreuve de la lutte contre la récidive », *RSC* 2007, p. 853. V. aussi en ce sens E. CAMOUS, « Un droit de la récidive en quête de cohérence », *Dr. pén.* 2009, étude 3.

¹⁷²² Rapport n°358 du Sénat au nom de la commission des lois sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, présenté par F. ZOCHETTO (juillet 2007).

mal pour quelle raison, dans le cas de la récidive, la peine est doublée alors que, dans le cas de la réitération, elle est cumulée avec la précédente, alors même que leurs attitudes semblent répondre à une volonté similaire de violer à de multiples reprises les prescriptions légales, après une première condamnation [...]. Seuls des critères de temporalité et de spécialité les séparent, mais leur aptitude au crime et leur indifférence à la sanction antérieure est identique »¹⁷²³. C'est donc bien ce lien substantiel qui justifie la différence de sanction entre les deux catégories de délinquants.

Le caractère « arbitraire » des conditions légales posées en matière de récidive a toutefois soulevé de nombreuses interrogations quant à leur pertinence, certains estimant qu'il s'agit d'une notion dépourvue de sens criminologique¹⁷²⁴. C'est donc à partir du constat du manque de signification criminologique de la récidive légale que les criminologues ont décidé d'adopter un nouveau concept : celui du récidivisme¹⁷²⁵. Pour eux, récidive et la réitération recouvrent un même phénomène criminologique qui justifierait des sanctions identiques.

Malgré ces critiques, le choix du législateur de faire varier la sanction en fonction du degré d'analogie entre les infractions semble satisfaisant car la spécificité de l'habitude réside bien dans cette analogie. En revanche, dans la mesure où c'est le lien d'analogie qui justifie l'aggravation de peine dans la récidive des sanctions, il est particulièrement critiquable de retenir une définition large de l'analogie, notamment lorsque le Code pénal prévoit des assimilations d'infractions¹⁷²⁶. En effet, dans ce cas, le législateur adopte une définition large de l'analogie entre les comportements uniquement pour étendre le domaine de la récidive et appliquer ainsi l'aggravation de peine en résultant à des infractions qui auraient normalement été commises en état de réitération.

¹⁷²³ A. DARSONVILLE, « La réitération, ou de la consécration d'une notion hybride », préc., p. 2117.

¹⁷²⁴ P. BOUZAT, « La lutte contre le récidivisme en France », *RSC* 1966, p. 852.

¹⁷²⁵ G. HEUYER, « Le récidivisme », in *L'évolution du droit criminel contemporain : recueil d'études à la mémoire de Jean Leuret*, PUF, 1968, p. 111 ; A. KENSEY et P. TOURNIER, « Le retour en prison. Analyse diachronique », *RSC* 1992, p. 134 ; P. LANDREVILLE, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviante et Société* 1982, p. 375 ; J. PINATEL, « Les aspects statistiques du récidivisme », *RSC* 1955, p. 110 ; B. STEMMER et M. KILLIAS, « Récidive après une peine ferme et après une peine non ferme : la fin d'une légende ? », *RICPT* 1990, p. 41 ; J. VERIN, « Le récidivisme au congrès de Poitiers », *RSC* 1983, p. 125 ; S. VERSELE, « De la récidive juridique au récidivisme criminologique », *RIPC* 1961, p. 194.

Le néologisme a été créé lors du III^{ème} Congrès International de criminologie tenu à Londres en 1955 (Compte rendu publié à la *RSC* 1955, p. 769). Le congrès a donc adopté une double définition du récidivisme. Le récidivisme comprendrait ainsi deux hypothèses : premièrement, celle où une personne ayant commis un premier crime, qui a été constaté légalement et qui a fait l'objet d'une condamnation, commet un crime (récidive *stricto sensu*) ; et deuxièmement, le cas où une personne après avoir commis un premier crime, dans les conditions ci-dessus, reprend son activité criminelle à cause de son état dangereux (récidive *lato sensu*).

¹⁷²⁶ *Supra*, n°168 et s.

Le droit pénal n'est d'ailleurs pas le seul à prendre en compte la répétition d'une infraction identique pour déterminer la sanction applicable.

470. Comparaison avec la réitération en droit de la concurrence. Ainsi, l'article L. 464-2 I alinéa 3 fait de la réitération un des paramètres pris en compte pour la détermination de la sanction¹⁷²⁷. La jurisprudence considère que la réitération est un élément permettant d'apprécier la gravité des faits¹⁷²⁸, une circonstance permettant d'apprécier la situation personnelle de l'entreprise¹⁷²⁹. En l'absence de prévision légale sur le montant de l'aggravation, il est difficile de mesurer l'influence de la réitération sur la sanction prononcée. Toutefois, dans la décision France Télécom du 15 octobre 2007¹⁷³⁰, une majoration de 50% est intervenue, le Conseil ayant d'ailleurs pris soin de faire référence, pour fixer la majoration de l'amende, au fait que l'entreprise concernée était multi-réitérante.

La jurisprudence considère que si toute entreprise condamnée à des sanctions pécuniaires ou déclarée coupable d'une infraction par une décision du Conseil de la concurrence, d'une autorité nationale de concurrence européenne ou de la Commission européenne, peut se voir opposer la réitération des pratiques, concernant des pratiques similaires ou commises sur des marchés identiques ou connexes, ces condamnations doivent être mentionnées lors de la notification des griefs ou dans le rapport afin de respecter pleinement les droits de défense des entreprises mises en cause¹⁷³¹.

Il y a donc une différence notable entre réitération en droit pénal et réitération en droit de la concurrence, ce qui n'est du reste pas étonnant dans la mesure où le Conseil de la concurrence a affirmé l'autonomie de la seconde vis-à-vis de la première, et de la récidive. D'ailleurs, en ce qu'elle constitue une circonstance aggravante, la réitération en droit de la concurrence s'assimile plutôt à une combinaison de récidive spéciale (puisqu'elle requiert une analogie entre les pratiques effectuées¹⁷³²) et de récidive perpétuelle puisqu'il n'y a aucun délai entre les différentes pratiques¹⁷³³.

¹⁷²⁷ « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

¹⁷²⁸ Cass. com. 14 juin 2005 : inédit, pourvoi n°04-13498.

¹⁷²⁹ Cass. com. 13 mars 2001 : inédit, pourvoi n°99-12073.

¹⁷³⁰ Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33, préc.

¹⁷³¹ Cons. conc. 12 mars 2007, décision n° 07-D-08, point n°120 et s.

¹⁷³² *Supra*, n°165.

¹⁷³³ *Supra*, n°236.

471. Bilan de l'influence du lien substantiel sur le montant de la peine encourue.

Finally, the difference of sanction incurred between the recidivist and the re-iterant is uncontested. While the first incurs a more severe penalty in relation to the sum of penalties applicable to the offenses taken in isolation, the second incurs only a penalty corresponding to this sum, without aggravation. This solution, based on the greatest intensity of the substantive link in matters of recidivism, also has repercussions on the modalities of individualization of the sanction of the habit.

§ 2 : L'influence du lien substantiel sur l'individualisation de la peine

472. Pouvoirs du juge pénal. The legal determination of the maxima incurred for each offense is one thing, the individualization of the sanction is another. In effect, « when the penalty incurred is a tariff impersonal attached to an abstractly defined act, the penalty that the judge chooses is effectively pronounced against a person identified on the basis of an illegal act that has indeed taken place »¹⁷³⁴. The individualization of the penalty is therefore a fundamental principle of criminal law¹⁷³⁵. In positive law, it is notably consecrated by article 132-17 of the Penal Code which states the principle of the free choice of the penalty by the judge¹⁷³⁶, and article 132-24 specifies that « within the limits fixed by law, the jurisdiction pronounces the penalties and fixes their regime in function of the circumstances of the offense and of the personality of its author ». However, these provisions do not have the same effectiveness according to whether the offender is in a state of recidivism or re-iteration. In effect, the difference between the sanction incurred by the recidivist and the re-iterant, based on the presence or absence of the substantive link, also manifests itself through the scope of the powers of the judge in the personalization of the penalty¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 389.

¹⁷³⁵ C'est d'ailleurs un principe de valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 2005 n°2005-520 DC (cons. n°3).

¹⁷³⁶ V. à ce sujet : J. LEBLOIS-HAPPE, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle (à propos de l'arrêt du 4 avril 2002) », *Dr. pén.* 2003, chron. 11.

¹⁷³⁷ Même si certains auteurs font une distinction entre individualisation et personnalisation de la peine (notamment R. VIENNE, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, 1975, A. Pédone, t. 2, p. 177 ; T. PAPTAEODOROU, « De l'individualisation des peines à la personnalisation de la sanction », *RICPT* 1993, p. 107), les deux expressions seront ici utilisées comme synonymes.

473. Caractère facultatif de la récidive. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le juge pénal n'est pas obligé de relever l'état de récidive¹⁷³⁸, celui-ci ayant un caractère facultatif¹⁷³⁹ mais que, s'il le fait¹⁷⁴⁰, il devra appliquer l'aggravation de peine en résultant, sous peine de cassation¹⁷⁴¹. Si le juge conserve la faculté de relever ou non l'état de récidive, la constatation de celui-ci va donc minimiser ses pouvoirs d'individualisation. On peut ainsi souligner l'influence du lien substantiel sur la nature de la peine (A) et sur la mesure de la peine (B).

A. L'influence sur la nature de la peine

474. Diminution progressive des pouvoirs du juge. S'agissant du choix de la nature de la peine, le juge a moins de latitude en matière de récidive qu'en matière de réitération. Si cette idée se vérifie en présence d'une seule condamnation (1), elle trouve encore davantage à s'appliquer en cas de pluralité de condamnations (2), créant alors un véritable fossé entre les deux institutions.

1. En présence d'une seule condamnation

475. Peines obligatoires. La loi prévoit parfois pour certaines infractions des peines obligatoires lorsqu'elles sont commises en état de récidive, ce qui est évidemment contraire au principe d'individualisation de la peine. Ainsi, l'article L. 234-13 du Code de la route prévoit que toute condamnation pour l'une des infractions prévues aux articles L. 234-1 et L. 234-8, commise en état de récidive au sens de l'article 132-10 du Code pénal, donne lieu de plein droit à l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus. Saisi de l'inconstitutionnalité de cette disposition, le Conseil constitutionnel a jugé que, si, conformément aux dispositions de

¹⁷³⁸ *Supra*, n°93.

¹⁷³⁹ Une proposition de loi déposée devant l'Assemblée Nationale en 2004 visait à rendre automatique l'aggravation des peines en cas de commission d'infractions en état de récidive, mais cette disposition n'a pas été retenue. L'article 3 de la proposition de loi n°1399 tendant à instaurer des peines minimales en matière de récidive, à l'initiative de C. Estrosi et G. Léonard, Ass. Nat., 4 févr. 2004 prévoyait : « Après l'article 132-16-2 du même code, il est inséré un article 132-16-3 ainsi rédigé : « Art. 132-16-3. – Tout fait pénalement qualifié commis dans les conditions juridiques de la récidive légale entraîne l'application des dispositions des articles 132-8 à 132-10, 132-16 et 132-16-1 spécialement applicables à la classe de l'infraction commise en récidive. »

¹⁷⁴⁰ L'art. 132-16-5 C. pén. l'autorise à relever d'office l'état de récidive : *supra*, n°414.

¹⁷⁴¹ Une juridiction ne pourrait donc pas écarter la prise en compte de l'état de récidive et par ailleurs énoncer qu'elle tient compte de l'état de récidive pour prononcer la peine (Cass. crim. 30 mai 2006 : Bull. crim. n°153).

l'article L. 234-13 du Code de la route, le juge qui prononce une condamnation pour de telles infractions commises en état de récidive légale est tenu de prononcer l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire, il peut, outre la mise en œuvre des dispositions du Code pénal relatives aux dispense et relevé de peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans. Dans ces conditions, le juge n'est donc pas privé du pouvoir d'individualiser la peine et les dispositions de l'article L. 234-13 ne sont pas contraires à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁷⁴².

En outre, l'article 221-8 10° prévoit, depuis la loi du 14 mars 2011, dans certains cas, la confiscation obligatoire du véhicule « en cas de récidive ou si la personne a déjà été condamnée » pour un des délits spécifiés¹⁷⁴³. Dans cette hypothèse, il semble que la référence au cas où la personne a déjà été condamnée concerne précisément la réitération. Il faut remarquer cependant que cette disposition précise que « la juridiction peut toutefois ne pas prononcer cette peine, par une décision spécialement motivée ».

De même, l'article 1810 du Code général des impôts prévoyait que pour certaines infractions la peine d'emprisonnement de six mois est « obligatoirement prononcée en cas de récidive », mais cette disposition a été abrogée par la loi du 12 mai 2009¹⁷⁴⁴. En pareil cas, la différence avec la réitération est donc flagrante, car le prononcé d'une telle peine en cas de réitération est laissé à l'appréciation du juge.

476. Récidive et emprisonnement ferme. En outre, la loi pénale est plus sévère en matière de récidive qu'en matière de réitération en ce qui concerne le choix de la peine d'emprisonnement ferme ou avec sursis. Le principe est en effet qu'en matière correctionnelle¹⁷⁴⁵, la peine d'emprisonnement sans sursis n'est possible qu'à la condition que le choix de cette peine soit spécialement motivé¹⁷⁴⁶. Or, la loi du 12 décembre 2005 a créé une

¹⁷⁴² Cons. const. 29 sept. 2010, déc. n°2010-40 QPC : *RSC* 2011, p. 182, obs. B. DE LAMY ; *D.* 2010, p. 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ pénal* 2010 p. 501, note J.-B. PERRIER ; *JCP G* 2010, p. 1149, note A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.* 2010, comm. 122, note J.-H. ROBERT et *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°3, obs. V. PELTIER.

¹⁷⁴³ Une disposition similaire est également prévue à l'art. 222-44 13° dans sa rédaction issue de la loi du 14 mars 2011.

¹⁷⁴⁴ Loi n°2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

¹⁷⁴⁵ Cette obligation de motivation ne concerne pas la matière criminelle : la cour d'assises qui prononce une peine d'emprisonnement ferme n'a pas à motiver son verdict (Cass. crim. 22 janv. 1997 : Bull. crim. n° 24 ; 29 avr. 1997 : Bull. crim. n° 155 ; 2 déc. 1998 : *Gaz. Pal.* 1999, 1, p. 69 ; 11 oct. 2000 : inédit, pourvoi n°00-81387).

¹⁷⁴⁶ Art. 132-19 al. 2 C. pén.

exception : en cas de récidive légale, il n'est pas nécessaire de motiver spécialement la peine d'emprisonnement ferme¹⁷⁴⁷. Ainsi, la récidive est réputée constituer à elle seule un « motif suffisant d'incarcération »¹⁷⁴⁸. Par conséquent, il ne saurait être reproché aux juges du fond, au nom des principes de proportionnalité et de personnalisation des peines, de ne pas avoir motivé spécialement le choix de la peine¹⁷⁴⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation veille scrupuleusement au respect de ce principe¹⁷⁵⁰. Les pouvoirs de personnalisation de la peine ne sont donc pas les mêmes dans la récidive et dans la réitération.

En revanche, l'obligation de motivation est maintenue à l'égard des mineurs car l'article 2 alinéa 3 de l'ordonnance du 2 février 1945 dispose que « le tribunal pour enfants ne peut prononcer une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine. La différence entre le mineur récidiviste et le mineur réitérant est donc sur ce point moins marquée qu'à l'égard des majeurs.

477. Bénéfice du sursis simple. Le récidiviste et le réitérant ont pour point commun de ne pas pouvoir bénéficier, ou très rarement, du sursis simple dans la mesure où l'article 132-30 alinéa 1 du Code pénal dispose qu'en matière criminelle ou correctionnelle, le sursis simple ne peut pas être ordonné à l'égard d'une personne physique lorsque le prévenu a été condamné, au cours des cinq années précédant les faits, pour crime ou délit de droit commun, à une peine d'emprisonnement ou de réclusion¹⁷⁵¹. Il est intéressant de remarquer que cette disposition visait déjà implicitement la réitération, même avant sa consécration légale en 2005, le texte faisant référence à une personne « condamnée », sans évoquer spécifiquement la récidive. Récidiviste et réitérant sont donc soumis aux mêmes règles en matière de sursis simple ; en revanche, ce n'est pas le cas s'agissant du sursis avec mise à l'épreuve.

¹⁷⁴⁷ Art. 132-19 al. 2 C. pén. A l'époque où cette motivation était encore nécessaire, les juges du fond utilisaient parfois la qualification de délinquant d'habitude pour justifier la peine d'emprisonnement ferme : v. par ex. Cass. crim. 11 sept. 2002 : inédit, pourvoi n°01-86836,.

¹⁷⁴⁸ T. BRUNISSO, « Dangerosité et récidive, La loi du 12 décembre 2005 : débats et perspectives », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 47.

¹⁷⁴⁹ Cass. crim. 31 janv. 2007 : Bull. crim. n°26, et Cass. crim. 31 mai 2007 : *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n°6, obs. E. GARÇON ; *AJ pénal* 2007, p. 219, obs. M. NORD-WAGNER (cet auteur observe que « l'absence d'obligation de motiver spécialement la condamnation des récidivistes à l'emprisonnement ferme existait déjà à l'état latent dans la jurisprudence antérieure »).

¹⁷⁵⁰ Pour des exemples récents : Cass. crim. 30 mars 2011 : inédit, pourvoi n°10-86806 ; 1^{er} juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-85709.

¹⁷⁵¹ L'alinéa 2 prévoit quant à lui que « le sursis ne peut être ordonné à l'égard d'une personne morale que lorsque celle-ci n'a pas été condamnée, dans le même délai, pour un crime ou un délit de droit commun, à une amende d'un montant supérieur à 60 000 euros ».

478. Bénéfice du sursis avec mise à l'épreuve. Le sursis avec mise à l'épreuve n'est ainsi applicable, en cas de récidive, qu'aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de dix ans au plus¹⁷⁵² (contre cinq ans en l'absence de récidive). Cependant, lorsque la personne a commis soit un crime, soit un délit de violences volontaires, un délit d'agression ou d'atteinte sexuelle, ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violences, la juridiction ne peut prononcer le sursis avec mise à l'épreuve à l'encontre d'une personne ayant déjà fait l'objet d'une condamnation avec mise à l'épreuve pour des infractions identiques ou assimilées et se trouvant en état de récidive légale¹⁷⁵³. Cette disposition illustre parfaitement l'idée que le délinquant récidiviste est sanctionné plus sévèrement que le réitérant en raison de l'analogie (par le comportement ou la gravité) des infractions accomplies. En outre, la durée maximale du délai est de cinq ans¹⁷⁵⁴ en cas de récidive, contre trois ans en l'absence de récidive, donc potentiellement en cas de réitération d'infractions. La différence dans l'individualisation de la peine entre le récidiviste et le réitérant, fondée sur le lien substantiel, se perçoit encore davantage en cas de pluralité de condamnations.

2. En présence de plusieurs condamnations

479. Nouvelle récidive aggravée : obligation de prononcer une peine d'emprisonnement. Lorsqu'une personne est condamnée deux fois pour la même infraction ou une infraction assimilée en état de récidive, et qu'elle commet une nouvelle infraction, encore identique ou assimilée, elle sera en état de nouvelle récidive simple¹⁷⁵⁵. L'article 132-19-1 précise à l'alinéa 3 que lorsqu'est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits suivants (violences volontaires, délit commis avec la circonstance aggravante de violences, agression ou atteinte sexuelles, et délit puni de dix ans d'emprisonnement), la juridiction est obligée de prononcer une peine d'emprisonnement. Par conséquent, en cas de multirécidive de l'un des délits précédents, les pouvoirs du juge sont considérablement limités, alors qu'en cas de multiréitération de ces mêmes délits, le juge ne serait pas obligé de prononcer une peine d'emprisonnement.

¹⁷⁵² Art. 132-41 al. 1 C. pén.

¹⁷⁵³ Art. 132-41 al. 3 (rédaction issue de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005).

¹⁷⁵⁴ Art. 132-42 al. 1 C. pén.

¹⁷⁵⁵ *Supra*, n°174.

Il ne faut donc pas confondre la nouvelle récidive aggravée avec la nouvelle récidive simple¹⁷⁵⁶ et la Cour de cassation veille à ce que la distinction entre ces deux hypothèses de récidive soit respectée¹⁷⁵⁷. En effet, en cas de nouvelle récidive simple, le juge pénal a trois options. Il peut soit prononcer la peine minimale prévue¹⁷⁵⁸, soit prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée moindre à condition de motiver spécialement sa décision en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci, soit prononcer, sous la même réserve de motivation spéciale, une peine autre qu'une peine d'emprisonnement. En revanche, en cas de récidive légale aggravée, le juge ne dispose plus de la même marge de manœuvre et ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement. En outre, la durée de la peine d'emprisonnement correspond par principe à la durée de la peine plancher sous réserve de la possibilité pour le juge de prononcer une peine d'une durée moindre mais à la condition, plus stricte, de motiver spécialement sa décision eu égard à des garanties *exceptionnelles* d'insertion ou de réinsertion présentées par le prévenu. Les possibilités d'individualisation de la peine en cas de multirécidive sont donc bien moindres qu'en cas de multirécidivité, ce qui confirme encore l'influence du lien d'analogie sur la gravité de la sanction.

480. Sursis avec mise à l'épreuve. Par ailleurs, le bénéfice du sursis avec mise à l'épreuve est plus restreint pour le multirécidiviste que pour le multirécidivité. L'article 132-41 du Code pénal dispose ainsi à l'alinéa 3 que la juridiction pénale ne peut prononcer le sursis avec mise à l'épreuve à l'encontre d'une personne ayant déjà fait l'objet de deux condamnations assorties du sursis avec mise à l'épreuve pour des délits identiques ou assimilés au sens des articles 132-16 à 132-16-4 et se trouvant en état de récidive légale. En outre, le délai d'épreuve fixé par la juridiction pénale ne peut être inférieur à sept ans lorsque la personne est à nouveau en état de récidive légale¹⁷⁵⁹, contre cinq ans en cas de récidive simple¹⁷⁶⁰ et trois ans en l'absence de récidive (donc par exemple pour le récidivité).

481. Mineurs multirécidivistes. En principe, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs ne peuvent prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize

¹⁷⁵⁶ *Supra*, n°174.

¹⁷⁵⁷ V. notamment Cass. crim. 3 déc. 2008, préc.

¹⁷⁵⁸ Sur les peines minimales : v. *infra*, n°483 et s.

¹⁷⁵⁹ Art. 132-42 al. 1 C. pén.

¹⁷⁶⁰ *Supra*, n°477.

ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue¹⁷⁶¹. Cependant, cette atténuation de la peine ne s'applique pas aux mineurs de plus de seize ans lorsque les infractions commises sont soit un crime d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne, soit un délit de violences volontaires, d'agression sexuelle ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violence, et qu'elles sont commises une nouvelle fois en état de récidive légale. Autrement dit, le mineur de plus de seize ans multirécidiviste ne peut pas bénéficier de l'atténuation de peine. On remarque l'influence du lien d'analogie sur cette disposition puisque c'est la répétition d'un de ces délits contre les personnes qui justifie l'exclusion de l'atténuation de peine. Toutefois, la cour d'assises des mineurs ou le tribunal des enfants peut en décider autrement mais à condition de le faire par une décision spécialement motivée.

482. Droit comparé. Le droit français n'est pas le seul à limiter les pouvoirs d'individualisation du juge en cas de récidive. Ainsi par exemple, en droit italien, le lien d'analogie et le lien temporel ne sont pas pris en compte au titre de la *constitution* de l'habitude¹⁷⁶², mais permettent de distinguer la récidive « simple » et la récidive « aggravée »¹⁷⁶³. Dans la première hypothèse, se succèdent dans le temps une première infraction pour laquelle l'auteur a été condamné puis une seconde infraction, sans que l'on s'interroge sur le délai séparant les deux ou leur nature respective. L'aggravation légale de la peine principale est alors d'un tiers. Dans la seconde hypothèse, si les deux infractions sont de même nature (ce qui correspond à la récidive spéciale du droit français) ou si le délai qui s'est écoulé entre les deux infractions est inférieur à cinq ans (récidive temporaire), ou enfin si la deuxième infraction a été commise pendant l'exécution de la première condamnation ou en état de contumace, la peine initialement encourue peut être aggravée jusqu'à la moitié ; en présence de deux ou plus des circonstances précitées, l'aggravation est de la moitié. En cas de « nouvelle récidive », la peine est aggravée de moitié si c'est une récidive simple, des deux tiers si c'est une récidive aggravée. En outre, pour une série d'infractions, la loi italienne du 5 décembre 2005 a réintroduit le caractère obligatoire de l'aggravation de peines en cas de récidive simple.

¹⁷⁶¹ Art. 20-2 al. 1 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

¹⁷⁶² *Supra*, n°164.

¹⁷⁶³ Art. 99 du Code pénal italien. V. S. FIORE, « La construction de l'ennemi, la réforme de la récidive en Italie », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 61.

De même, en Angleterre, le Crime (Sentences) Act 1997 a introduit l'emprisonnement perpétuel obligatoire pour les personnes reconnues coupables pour la seconde fois d'une infraction sexuelle grave ou d'un délit de violence¹⁷⁶⁴. En Espagne, après trois condamnations pour les *mêmes* faits, la peine est augmentée « d'un niveau » : le maximum légal devient le nouveau minimum, et le maximum légal augmenté de moitié devient le nouveau maximum de la peine encourue¹⁷⁶⁵. Quant au droit américain, la fameuse loi des « three strikes and you're out », en vigueur dans de nombreux états, oblige le juge à prononcer une peine s'échelonnant de vingt-cinq années d'emprisonnement à la réclusion à la perpétuité lorsque la même personne est condamnée pour la troisième fois¹⁷⁶⁶.

Le droit français n'est donc pas le seul à limiter les pouvoirs du juge dans l'individualisation de la sanction, notamment en cas de multirécidive, ce qui crée une différence de traitement avec le réitérant. Au-delà de l'influence du lien substantiel sur la nature de la peine, on constate que la différence d'intensité du lien substantiel entre récidive et réitération a également des répercussions sur les pouvoirs d'individualisation dans la mesure de la peine.

B. L'influence sur la mesure de la peine

483. Déclin de l'influence depuis la loi du 14 mars 2011. Si la récidive est punie plus sévèrement que la réitération, ce qui s'observe dans le maximum des peines encourues, le même constat s'impose s'agissant des pouvoirs du juge sur le personnalisation du montant de la peine. En effet, depuis la création des peines planchers¹⁷⁶⁷ en 2007¹⁷⁶⁸, le récidiviste faisait encore figure de cas particulier pour lequel l'individualisation de la peine était minimale. En

¹⁷⁶⁴ Art. 66 du Code pénal espagnol.

¹⁷⁶⁵ J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, n°573.

¹⁷⁶⁶ Pour une étude détaillée de cette disposition : v. E. SERVIDIO-DELABRE, « Les nouvelles lois américaines sur la récidive sont-elles constitutionnelles ? », *RSC* 2003, p. 537.

¹⁷⁶⁷ Il n'est pas question ici des « véritables peines planchers » (selon l'expression de J. LEBLOIS-HAPPE, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-17 à 132-22, fasc. 20 : prononcé des peines, 2008, n°50) prévues à l'article 132-18 du Code pénal mais seulement des peines planchers créées par la loi de 2007 et originellement prévues pour les récidivistes. V. sur cette loi : B. GROSSIN, « La loi sur la récidive et le devoir des juges », *D.* 2008, p. 623 ; H. MOUTOUH, « Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux », *D.* 2006, p. 2940. Sur son application : C. MENABE, « Un an et demi après, les peines plancher ont-elle porté leurs fruits ? », *RPDP* 2009, p. 605.

¹⁷⁶⁸ Loi n°2007-1198 au 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs.

cas de récidive, et donc à l'exclusion de la réitération¹⁷⁶⁹, le juge pénal ne pouvait ainsi pas prononcer une peine inférieure aux *minima* prévus par la loi. Les récidivistes étaient donc une fois de plus, moins bien traités que les réitérants. Toutefois, la loi du 14 mars 2011¹⁷⁷⁰ ayant étendu ces peines planchers aux primo-délinquants – ou en tout cas aux non récidivistes – cet argument n'est plus aussi pertinent. On constate ainsi un déclin de l'influence du lien substantiel dans la mesure de la peine. Mais pour être exact, il convient de distinguer le cas des majeurs (1) et celui des mineurs (2), car l'extension des peines minimales aux non récidivistes ne concerne que les premiers.

1. La disparition de l'influence pour les majeurs

484. Uniformisation des règles. Les peines planchers initialement réservées aux récidivistes sont désormais applicables à tous les délinquants, y compris les réitérants. Cette réforme a pour effet de rétablir l'équilibre entre le récidiviste ou le réitérant au sens où les pouvoirs du juge sont pareillement limités dans les deux cas. La différence de sanction, fondée sur l'intensité du lien substantiel entre les comportements, a donc sur ce point disparu (a). Mais si l'on pouvait déjà s'inquiéter de l'existence même de telles peines minimales lorsqu'elles étaient réservées aux récidivistes, l'inquiétude est encore plus grande depuis qu'elles ne le sont plus (b).

a) Vers le rétablissement de l'équilibre entre récidiviste et réitérant

485. Présentation des différentes peines planchers. La loi du 10 août 2007 a notamment créé un article 132-18-1 dans le Code pénal, qui dispose que, pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention criminelle ne peut être inférieure à cinq ans si le crime est puni de quinze ans, sept ans si le

¹⁷⁶⁹ La doctrine prend d'ailleurs soin de préciser que les réitérants ne sont pas concernés par ces peines planchers. V. notamment : E. GARÇON, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 », *JCP G* 2007, I, 196, n°8 ; J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *D.* 2007, p. 2247, n°4.

¹⁷⁷⁰ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II). V. P. CONTE, « Loppsi II ou la sécurité à la petite semaine », *JCP G* 2011, p. 1047 ; M. GIACOPELLI, « L'extension des peines minimales aux primo-délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pén.* 2011, étude 9 ; F. DESPREZ, « Violences volontaires : des peines minimales pour les primo-délinquants, à propos de l'article 37 de la loi LOPPSI II », *Gaz. Pal.* 31 mars 2011, p. 5. ; C. RIBEYRE, « Loppsi II : de nouvelles règles au service de la répression », *Dr. pén.* 2011, étude 10.

crime est puni de vingt ans, dix ans si le crime est puni de trente ans, et quinze ans si le crime est puni de la réclusion à perpétuité.

L'article 132-19-1 créé par la même loi est l'équivalent de l'article 132-18-1 en matière de délits. Il prévoit que pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à un an si le délit est puni de trois ans, deux ans si le délit est puni de cinq ans, trois ans si le délit est puni de sept ans, et quatre ans si le délit est puni de dix ans. Dans chacun de ces deux articles, il est toutefois précisé que la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. La Cour de cassation veille consciencieusement au respect de ces textes par les juges du fond¹⁷⁷¹.

Il faut préciser que les seuils ainsi créés varient en fonction de la peine attachée à l'infraction et ne sont pas calculés à partir de la peine aggravée par la récidive. Ainsi, l'auteur d'un vol aggravé par l'une des circonstances prévues à l'article 311-4 du Code pénal commis en état de récidive légale est passible, en raison de son état de récidive, d'une peine maximale de dix ans d'emprisonnement et d'une peine minimale de deux ans d'emprisonnement (et non de quatre ans), l'article 311-4 prévoyant pour ce délit une peine de cinq ans d'emprisonnement.

Le Conseil constitutionnel avait estimé que le dispositif des peines planchers n'était pas contraire à l'individualisation et au principe de nécessité des peines¹⁷⁷². Ces règles, qui étaient spécifiques aux récidivistes sont désormais applicables aux réitérants, du moins dans certains cas.

¹⁷⁷¹ Ainsi, par exemple, dans une affaire, un homme déjà condamné en 2007 pour vol avec violences, était poursuivi pour avoir commis en mai 2008 des violences sur sa concubine. Après avoir relevé qu'il était ivre lorsqu'il a commis les violences, et qu'il avait déjà fait l'objet de huit condamnations, la Cour d'appel le condamne à six mois d'emprisonnement et révoque pour partie un sursis avec mise à l'épreuve. La Cour de cassation censure cet arrêt car « en prononçant, pour un délit puni de trois ans d'emprisonnement, une peine d'une durée inférieure au seuil d'un an, la Cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée en considération des éléments définis par l'article 132-19-1, a méconnu le sens et la portée de ce texte » (Cass. crim. 16 déc. 2008 : Bull. crim. n°254 ; Dr. pén. 2009, comm. 31 (2ème esp.)). On notera d'ailleurs que la cassation est limitée à la peine, la déclaration de culpabilité n'encourant pas la censure. Cet arrêt est intéressant car c'est l'un des premiers rendus après l'entrée en vigueur de la loi de 2007 sur les peines planchers.

Pour une étude des motivations, v. notamment E. GARÇON et V. PELTIER, « Un an de droit de la peine », *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°15 et s.

¹⁷⁷² Cons. const. 9 août 2007, n°2007-554 DC : *AJDA* 2008, p. 594, note A. JENNEQUIN ; *D.* 2008, p. 2025, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *RSC* 2008, p. 133, obs. B. DE LAMY.

486. Extension des peines planchers aux non récidivistes. L'article 37 de la loi du 14 mars 2011 a créé un nouvel article 132-19-2 dans le Code pénal, qui instaure des peines minimales applicables aux récidivistes comme aux non récidivistes (donc aux réitérants) mais pour certaines infractions seulement. Il s'agit exclusivement d'infractions contre les personnes, plus précisément de « violences » au sens large¹⁷⁷³. Cet article ne concerne ainsi que les délits prévus aux articles 222-9 (violences ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente), 222-12 (violences aggravées ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours), 222-13 (violences aggravées ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail), au 3° de l'article 222-14 (violences habituelles sur mineur de quinze ans ou personne vulnérable lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours), au 4° de l'article 222-14-1 (violences commises en bande organisée ou avec guet-apens, avec usage d'une arme sur certains fonctionnaires lorsqu'elles n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours) et à l'article 222-15-1 (embuscade). Pour ces infractions, la peine d'emprisonnement prononcée ne peut donc être inférieure à dix-huit mois si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement, et à deux ans si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement. Comme pour les peines planchers des récidivistes, l'alinéa 2 précise que « la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci ».

Le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 132-19-2 nouveau s'applique à des atteintes aux personnes comprenant une ou plusieurs circonstances aggravantes et pour lesquelles une peine d'au moins sept ans est requise et qu'ainsi, s'agissant de délits d'une particulière gravité, l'application des *minima* fixés à dix-huit mois ou deux ans ne contrevient pas au principe de nécessité ». On peut penser qu'à long terme, la liste des infractions concernées sera étendue. Au-delà de la sévérité et du manque de confiance à l'égard du juge pénal, ce mécanisme est particulièrement critiquable en ce que les primo-délinquants n'ont pas bénéficié de l'avertissement solennel de la justice¹⁷⁷⁴, contrairement aux récidivistes. Cette remarque ne s'applique toutefois pas aux réitérants, pour lesquels l'alignement avec le régime des récidivistes peut être justifié.

¹⁷⁷³ Ces infractions font d'ailleurs partie d'un même paragraphe du Code pénal intitulé « Des violences ».

¹⁷⁷⁴ Sur ce point, v. *infra*, n°496 et s.

b) Appréciation de cette évolution

487. Droit comparé. La comparaison du système français avec les législations étrangères est particulièrement intéressantes à propos des peines planchers. Deux grands systèmes judiciaires peuvent être distingués selon les fonctions assignées à la peine : le premier prévoit des peines minimales automatiques (pays de Common Law) et le second (majoritaire en Europe – droit continental –) fait de la récidive une circonstance aggravante que le juge a la faculté de relever en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction.

En Allemagne, en Espagne et en Belgique, le Code pénal prévoit ainsi une peine minimale et une peine maximale pour chaque infraction, mais le juge peut fixer une peine en dehors de l'intervalle prévu par les textes en fonction des circonstances¹⁷⁷⁵.

Les peines planchers sont typiquement anglo-saxonnes¹⁷⁷⁶. C'est en effet dans les pays de Common Law que les *mandatory minimum sentences* ont été en premier instaurées. En Angleterre, il existe ainsi des peines minimales obligatoires sanctionnant les auteurs des infractions les plus graves (homicide, viol, possession d'arme à feu...) ainsi que les auteurs récidivistes. Le juge est alors dans l'obligation de prononcer la peine minimale sauf circonstances exceptionnelles tenant à l'auteur ou aux circonstances de fait. En Angleterre, le *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* prévoit de nombreux cas de peines minimales : selon l'article 109 de cette loi, le juge doit prononcer l'emprisonnement à perpétuité en cas de seconde infraction grave (*serious offence*) : meurtre, coups mortels, viol, tentative de viol... sans qu'il soit nécessaire que les deux infractions soient de même nature, ce qui s'apparente quelque peu à notre récidive criminelle. Selon l'article 110, en cas de trafic de drogue de classe A commis pour la troisième fois, le juge est obligé de prononcer une peine minimale de sept ans d'emprisonnement, sauf circonstances exceptionnelles.

Aux Etats-Unis, il y a également au niveau fédéral des peines minimales obligatoires classées en deux catégories et applicables à des centaines d'infractions. L'exemple le plus couramment cité est celui d'une loi californienne¹⁷⁷⁷ prévoyant un emprisonnement de vingt-cinq ans au moins (pouvant aller jusqu'à la réclusion perpétuelle) pour celui qui commet un

¹⁷⁷⁵ D. BLANC, « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ pénal* 2007, p. 352.

¹⁷⁷⁶ V. à ce sujet : Étude de législation comparée du Sénat n° 165, septembre 2006, Les peines minimales obligatoires, consultation en ligne sur <http://www.senat.fr/lc/lc165/lc1650.html>. ; J. V. ROBERTS, « Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs, Rapport préparé pour le Ministère de la Justice Canada, 30 septembre 2005 », consultable sur http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2005/tr05_10/p0.html

¹⁷⁷⁷ Contrairement à une idée reçue, la Californie n'est ni le seul, ni le premier état fédéré à avoir voté cette loi (c'est l'Etat de Washington en 1993). En 2004, 26 états l'avaient adopté.

troisième vol, ce qui est synthétisé par la célèbre expression *Three strikes and you're out*. Les lois relatives à la récidive sont généralement désignées sous l'expression *habitual offenders laws*, certains états traitant les récidivistes de *persistent offenders*.

Au Canada, le principe est celui de la fixation discrétionnaire de la peine par le juge sauf exceptions prévues dans le Code criminel : des peines minimales sont ainsi prévues pour une quarantaine d'infractions, notamment en cas de récidive de conduite d'un véhicule sous l'influence de l'alcool ou de stupéfiants, ou en cas d'infractions sexuelles impliquant des mineurs¹⁷⁷⁸.

Dans les pays de Common Law, les peines planchers ont donc un caractère automatique et le juge ne peut les écarter que dans des circonstances exceptionnelles, voire ne peut pas les écarter. Même si le système français n'est pas aussi excessif, il encourt néanmoins certaines critiques.

488. Appréciation critique du mécanisme des peines planchers. La peine plancher décrédibilise la fonction de juger en ce qu'elle impose au juge de prononcer une peine minimum, ce qui voudrait dire qu'il n'est pas capable d'apprécier les différents critères servant à l'individualisation de la peine, c'est-à-dire principalement les circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur¹⁷⁷⁹. En outre, on peut s'interroger sur l'utilité réelle de ces peines planchers dans la mesure où il est possible de les contourner par décision spécialement motivée. Si certains se sont montrés plutôt favorables à cette disposition¹⁷⁸⁰, d'autres en revanche regrettent son inutilité¹⁷⁸¹.

Même si le Conseil constitutionnel a jugé le mécanisme des peines planchers conforme à la constitution, certains doutent de sa compatibilité avec le principe d'individualisation des peines. L'individualisation est en effet le « processus d'adaptation de la sanction à chaque délinquant, en fonction de son acte, son tempérament et son degré de professionnalité criminelle »¹⁷⁸². Elle s'oppose au principe de légalité et de fixité des peines que la révolutionnaires avaient inscrit dans le Code pénal de 1791 en réaction à l'arbitraire de

¹⁷⁷⁸ P. BELIVEAU et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français*, Bruylant, 2007, p. 657.

¹⁷⁷⁹ Art. 132-24 al. 1 C. pén.

¹⁷⁸⁰ H. MOUTOUH, « Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux », préc., p. 2942 ; J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *D.* 2007, p. 2247.

¹⁷⁸¹ J. LEBLOIS-HAPPE, « Projet de loi renforçant la lutte contre la récidive : principales dispositions », *JCP G* 2007, act. 330 ; J.-F. SEUVIC, « La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs ou les récidives du législateur », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 109

¹⁷⁸² H. MOUTOUH, « Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux », *D.* 2006, p. 2940.

l'Ancien Régime. Ce n'est toutefois un principe constitutionnel que depuis quelques années¹⁷⁸³ et il s'agirait même d'un principe constitutionnel « de second rang »¹⁷⁸⁴. Mais surtout, l'instauration de ces peines planchers n'a pas pour effet d'appliquer automatiquement une peine fixe déterminée à l'avance par le législateur mais simplement d'imposer un *minima* qui laisse donc une marge d'appréciation au juge. En outre, l'individualisation de la peine n'est pas le seul apanage du juge. Comme le rappelait DONNEDIEU DE VABRES, l'individualisation est obtenue par le concours de trois acteurs : le législateur, la jurisprudence et l'administration pénitentiaire¹⁷⁸⁵. Cette explication peut cependant ne pas convaincre.

489. Conséquences de l'extension des peines planchers. En outre, si le mécanisme des peines planchers est critiquable lorsqu'il s'applique aux seuls récidivistes, il le devient encore plus depuis que la loi du 14 mars 2011 l'a étendu aux non récidivistes. Cette mesure s'applique donc désormais non seulement aux primo-délinquants mais également aux réitérants qui jusque-là n'étaient pas concernés malgré l'existence d'une condamnation antérieure. Ce changement a alors pour conséquence de minimiser la différence de sanctions encourues par le récidiviste et le réitérant, plus précisément quant à leur minimum.

490. Bilan. L'influence de l'existence ou l'absence du lien substantiel entre les infractions répétées sur l'individualisation de la sanction des habitudes pénales judiciaires semble donc s'amenuiser dans la mesure où, les peines planchers, auparavant réservées aux récidivistes, sont dorénavant applicables aux réitérants. Toutefois, cette influence semble maintenue s'agissant des mineurs.

2. Le maintien de l'influence pour les mineurs

491. Application des peines planchers aux mineurs. Comme pour les majeurs, c'est la loi du 10 août 2007 qui a introduit les peines planchers pour les mineurs¹⁷⁸⁶. Quelques mois avant, la loi du 5 mars 2007¹⁷⁸⁷ avait déjà limité les sanctions applicables aux mineurs récidivistes. En effet, elle avait posé le principe de l'impossibilité de prononcer uniquement

¹⁷⁸³ Cons. const. 22 juill. 2005, déc. n°2005-520 DC, cons. n°3.

¹⁷⁸⁴ H. MOUTOUH, « Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux », *D.* 2006, p. 2940.

¹⁷⁸⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., n°745.

¹⁷⁸⁶ V. P. BONFILS, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ pénal* 2007, p. 363.

¹⁷⁸⁷ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

une peine d'admonestation ou de remise aux parents (ou tuteur, personne en ayant la garde ou adulte de confiance) si ces mesures « ont déjà été prononcées à l'égard du mineur pour une infraction identique ou assimilée au regard des règles de la récidive commise moins d'un an avant la commission de la nouvelle infraction »¹⁷⁸⁸. Ce dispositif a ensuite été complété par l'instauration des peines minimales. Or, en principe, les mineurs bénéficient d'une atténuation de peine, l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoyant que « le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs ne peuvent prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue ». Afin de conserver cette logique, la loi du 10 août 2007 a précisé que « la diminution de moitié de la peine encourue s'applique également aux peines minimales prévues par les articles 132-18, 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal »¹⁷⁸⁹.

492. Droit comparé. L'existence de peines planchers pour les mineurs n'est pas spécifique au droit pénal français. Ainsi, en Angleterre, le *Criminal Justice Act* de 2003 a introduit une peine minimale de trois ans sanctionnant les mineurs d'au moins 16 ans en possession d'armes à feu, mais le juge a la possibilité d'écarter cette peine en invoquant des circonstances exceptionnelles¹⁷⁹⁰. De même, les Etats-Unis pratiquent indirectement les peines planchers pour les mineurs dans la mesure où dans certains cas, le délinquant mineur est traité comme un adulte et transféré vers les juridictions ordinaires. Ces législations sont toutefois connues pour être particulièrement sévères et ne laisser qu'une marge d'appréciation minimale aux juges pénaux. Il est donc intéressant de constater ce rapprochement entre le droit français et le droit des pays de Common Law.

493. Spécificité de la justice des mineurs. Les peines planchers étaient donc réservées aux mineurs récidivistes. Mais suivant la même logique que pour les majeurs, le législateur a voulu étendre les peines minimales aux mineurs primo-délinquants. Cependant, les dispositions concernées ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans une décision du 10 mars 2011¹⁷⁹¹ considérant que « la restriction au principe de l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs apportée par l'institution des peines minimales pour des mineurs qui n'auraient jamais été condamnés pour un crime ou un délit était telle qu'elle

¹⁷⁸⁸ Art. 8 de l'ordonnance du 2 févr. 1945.

¹⁷⁸⁹ Art. 20-2 de l'ordonnance du 2 févr. 1945.

¹⁷⁹⁰ D. BLANC, « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ pénal* 2007, p. 352, spéc. p. 354.

¹⁷⁹¹ Cons. const. 10 mars 2011, n°2011-625 DC ; *Constitutions* 2011, p. 223, note A. DARSONVILLE.

méconnaissait ainsi le PFRLR en matière de justice pénale des mineurs ». Ce principe, dégagé dans une décision du 29 août 2002¹⁷⁹², est en effet celui de l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs et de la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants.

La loi du 14 mars 2011¹⁷⁹³ n'a donc pas étendu les peines minimales aux mineurs non récidivistes. Dès lors, la différence dans l'individualisation de la sanction persiste entre le récidiviste et le réitérant mineur.

¹⁷⁹² Cons. const. 29 août 2002, n°2002-461 DC.

¹⁷⁹³ Sur les dispositions de cette loi relatives aux mineurs, v. P. BONFILS, « La loi LOPPSI 2 et le droit pénal des mineurs », *D.* 2011, p. 1162 ; « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loi n°2011-267 du 14 mars 2011) », *RSC* 2011, p. 440.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Partant de l'idée selon laquelle le lien substantiel unissant les comportements était l'élément qualifiant général de l'habitude pénale, autrement dit la raison pour laquelle le droit pénal regroupe les comportements au sein d'une même entité, il fallait vérifier que la sanction de l'habitude était influencée par ce lien. En effet, si les comportements sont unis par le droit pénal pour former un nouvel ensemble parce qu'ils sont unis par un lien d'analogie et un lien temporel, l'intensité de ce lien doit se répercuter sur la sanction de l'habitude. Ainsi, on a pu constater l'influence de ce lien sur les sanctions de chaque habitude. Afin de tirer des conclusions exploitables, il est apparu nécessaire de comparer ce qui était comparable ; autrement dit, pour apprécier à sa juste valeur l'influence du lien substantiel, il fallait distinguer selon que ce lien était couplé ou non avec le lien procédural.

En premier lieu, ont donc été analysées les sanctions des habitudes pénales non judiciaires, pour lesquelles les comportements ne sont pas liés par une décision de condamnation, c'est-à-dire l'infraction d'habitude, le concours réel et l'habitude circonstance aggravante. D'abord, l'influence du lien substantiel sur la sanction de l'infraction d'habitude est assez évidente dans la mesure où c'est la répétition d'un même comportement dans un certain délai qui a pour effet de former une infraction, et donc de faire encourir une peine à son auteur. Cette sanction a d'ailleurs pour particularité d'être supérieure à la somme des sanctions isolées de chaque comportement puisque, par définition, les éléments constitutifs de l'infraction d'habitude sont intrinsèquement licites. Ensuite, l'impact du lien substantiel s'est également retrouvé de manière incontestable lorsque l'on a procédé à une comparaison des sanctions du concours réel et de l'habitude circonstance aggravante. En effet, ce que l'on nomme habitude circonstance aggravante n'est autre qu'un cas particulier de concours réel, plus précisément un concours homogène, c'est-à-dire dans lequel les infractions répétées sont identiques. Or, tandis que le concours réel hétérogène – dans lequel les infractions sont de nature différente – est gouverné par le principe du non-cumul des peines, le législateur opte souvent pour le système de cumul juridique pour régler le concours homogène. Cela signifie que lorsque les infractions en concours sont identiques, le délinquant encourra une seule peine mais aggravée, ce qui constitue une sanction plus sévère que lorsqu'on applique le principe de non-cumul. Ainsi, il apparaît clairement que la sanction du concours réel homogène (habitude circonstance aggravante) est plus grave que celle du concours hétérogène car celui qui commet plusieurs fois la même infraction mérite une sanction plus grave que celui qui en

accomplit des différentes. En effet, la commission d'infractions différentes pourrait relever, dans une certaine mesure, du hasard, alors que la répétition d'une même infraction impliquerait un certain penchant délictueux.

En second lieu, ont été envisagées les habitudes pénales judiciaires, pour lesquelles les comportements sont liés par une décision de condamnation, c'est-à-dire la récidive et la réitération. La doctrine justifie souvent la sanction particulièrement sévère du récidiviste par le fait qu'il a, contrairement à l'auteur d'un concours réel, continué à commettre des infractions malgré l'avertissement solennel de la justice. Mais cet argument ne permet en aucun cas d'expliquer pourquoi le réitérant, qui lui aussi a reçu un tel avertissement, n'encourt pas les mêmes sanctions aggravées que le récidiviste. La différence de sanction peut alors être justifiée par la différence d'intensité du lien substantiel. En effet, tandis que la récidive requiert une condition de délai et de spécialité (hormis certains cas contestables dans lesquels la gravité de l'infraction suffit), la réitération n'est pas soumise à ces conditions restrictives. C'est donc la différence d'intensité du lien d'analogie et du lien temporel qui justifie les différences de sanctions de la récidive et de la réitération. Ces différences se manifestent non seulement sur le maximum de la peine encourue mais également sur l'individualisation de la sanction. S'agissant du maximum de la peine encourue, le récidiviste encourt en effet pour la seconde infraction une peine aggravée, généralement doublée par rapport à la peine simple tandis que le réitérant encourt une peine « normale », mais dont il ne peut solliciter la confusion avec la peine déjà subie pour la première infraction. S'agissant ensuite de l'individualisation de la sanction, le droit pénal limite considérablement les pouvoirs du juge dans le choix de la peine applicable au récidiviste alors qu'il ne le fait pas pour le réitérant. En effet, en cas de récidive, le juge n'est plus totalement libre dans le choix de la nature de la sanction ni dans son montant, notamment en raison de l'existence de peines planchers. Même si cette différence tend à s'atténuer depuis que le législateur a étendu ces peines minimales à quelques infractions pour les non récidivistes, et donc en partie pour les réitérants, il est incontestable que la personnalisation de la peine est moindre dans la récidive. Ainsi, la différence de sanction entre ces deux institutions n'est pas fondée sur l'existence d'une condamnation irrévocable entre les infractions mais bien sur le lien substantiel spécifique à la récidive. Pour autant, cela ne veut pas dire que ce lien procédural de condamnation n'a aucun rôle à jouer dans la détermination de la sanction de l'habitude. Cette condition propre à la récidive et la réitération va ainsi justifier qu'elles soient plus sévèrement punies que les habitudes qui ne comportent pas un tel lien.

Chapitre 2 : L'influence du lien procédural sur la sanction de l'habitude pénale

494. Influence de la condamnation liant les infractions sur la sanction de l'habitude. La récidive et la réitération ont pour point commun de réquérir une décision de condamnation entre la première et la seconde infraction¹⁷⁹⁴. Ce lien constitue une condition particulière de ces deux institutions car il leur est propre. Lorsque l'on compare les sanctions entre d'une part, les habitudes pénales non judiciaires, qui ne comportent pas de lien de condamnation et d'autre part, les habitudes pénales judiciaires, qui en comportent un, il ressort que les secondes sont plus sévèrement sanctionnées que les premières et ce, indépendamment du lien substantiel. Par conséquent, il faut en déduire que cette condition propre aux habitudes pénales judiciaires a une influence sur leur sanction. L'existence d'une condamnation entre les infractions répétées justifierait ainsi le fait que la récidive et la réitération soient dotées de sanctions plus sévères que les concours réels et l'infraction d'habitude¹⁷⁹⁵. Pourtant, si cette idée trouve à s'appliquer de manière incontestable en droit positif, elle peut ne pas convaincre, notamment en raison de son caractère artificiel.

495. Plan du Chapitre 2. Par conséquent, afin de pouvoir apprécier les manifestations de cette influence du lien procédural (Section 2), il est indispensable de procéder à une analyse de ses justifications (Section 1).

Section 1 : Les justifications de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale

496. Droit pénal et criminologie. Le droit pénal a toujours sanctionné plus sévèrement celui qui a persisté sur le chemin du crime malgré une première condamnation. Pour justifier la différence de traitement entre le récidiviste et l'auteur d'un concours réel, les auteurs avancent ainsi que le premier, contrairement au second, a persévéré dans la délinquance malgré l'avertissement solennel de la justice, et qu'il doit par conséquent être

¹⁷⁹⁴ *Supra*, n°238 et s.

¹⁷⁹⁵ Cette idée n'est pas choquante en ce qui concerne l'infraction d'habitude puisque, par postulat, elle ne forme qu'une seule infraction alors que dans les autres cas, l'auteur en a commis au moins deux. Ce type d'habitude ne fera donc pas l'objet des développements qui vont suivre.

puni plus sévèrement¹⁷⁹⁶. Toutefois, l'analyse de ce fondement (§ 1) permet d'entrevoir les failles qu'il comporte (§ 2).

§1 : Présentation du fondement classique de l'influence de la condamnation

497. Justification classique. L'exigence d'une condamnation définitive est classiquement analysée comme prouvant que celui qui persiste dans le mauvais chemin malgré l'avertissement solennel, manifeste une dangerosité extrême¹⁷⁹⁷. Celui qui persévère dans la délinquance n'a en effet pas tiré « la leçon d'une condamnation »¹⁷⁹⁸, ce qui justifierait de considérer que « la récidive vient du mépris de l'avertissement judiciaire reçu »¹⁷⁹⁹.

Certains juges du fond recourent d'ailleurs à ce critère pour établir la récidive. Ils relèvent par exemple que « le casier judiciaire du prévenu porte trace de [...] condamnations ce qui démontre qu'il ne tient aucun compte des avertissements solennels prononcés par les juridictions pénales »¹⁸⁰⁰ aussi bien en matière de récidive qu'en matière de réitération d'infractions¹⁸⁰¹. De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle parfois « le principe supérieur en vertu duquel on ne saurait être en état de récidive qu'après l'avertissement résultant d'une condamnation antérieure »¹⁸⁰².

A l'inverse, dans le concours réel, la répétition d'infractions est imputable à l'inaction de la justice, car si le coupable avait été poursuivi immédiatement après son premier méfait, il n'aurait peut être pas commis les autres infractions qui lui sont reprochées. « L'inaction de la justice a, en quelque sorte, atténué ses fautes »¹⁸⁰³, il est donc préférable de lui réserver une sanction clémente *via* le non-cumul des peines.

¹⁷⁹⁶ Pour certains, « l'aggravation de peine imposée au récidiviste ne repose pas sur la justice, mais sur l'utilité sociale » (H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit pénal et de législation pénale comparée*, op. cit., n°824). Mais cette analyse, faisant référence à la relégation, semble aujourd'hui désuète depuis que les procédés d'éloignement de la métropole ont été abolis.

¹⁷⁹⁷ A. LEGAL, « Les conditions et effets de la récidive », préc., p. 601 et 602 ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n°117.

¹⁷⁹⁸ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 11^{ème} éd., 1912, n°243.

¹⁷⁹⁹ G.-B. DE MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, éd. L. Larose, 1897, p. 5.

¹⁸⁰⁰ CA Bordeaux 11 juin 2008, dans l'affaire jugée ensuite par Cass. crim. 31 mars 2009, inédit, pourvoi n°08-84898. ; CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 5 nov. 2008 : n°08/00727 ; CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 9 oct. 2008 : n°08/00486 ; CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 20 déc. 2007 : n°07/01156 ; CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 27 juin 2007 : n°07/00266. ; CA Paris ch. 2-8, 11 mars 2010 (affaire jugée par Cass. crim. 6 avr. 2011 : inédit, pourvoi n°10-82357).

¹⁸⁰¹ CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 17 oct. 2007 : n°07/00583 ; CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 20 sept. 2006 : n°06/00671.

¹⁸⁰² Cass. crim. 8 juill. 1965 : Bull. crim. n°173.

¹⁸⁰³ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. 1, 6^{ème} éd. mise à jour par E. Villey, 1887, n°170, p. 288.

498. L'avertissement solennel de la justice, fondement du récidivisme.

L'avertissement solennel de la justice est d'ailleurs le point commun à toutes les formes de récidivisme, puisque la criminologie regroupe la récidive et la réitération dans un même concept¹⁸⁰⁴. La majorité des criminologues admet en effet que le récidivisme doit être limité aux hypothèses dans lesquelles le délinquant commet une nouvelle infraction après avoir été condamné, ce qui revient à exclure le concours réel d'infractions¹⁸⁰⁵. Il s'agissait donc d'englober la récidive et la réitération, cette dernière notion n'ayant pas eu de dénomination légale jusqu'en 2005¹⁸⁰⁶. En revanche, d'autres semblent moins réticents à y intégrer le concours réel, au moins dans certains cas¹⁸⁰⁷.

Bien que les pénalistes et les criminologues s'accordent à dire que ce critère est pertinent et permet de justifier les sanctions plus sévères du récidiviste et du réitérant, il ne semble pas exempt de toute critique.

§ 2 : Appréciation du fondement classique de l'influence de la condamnation

499. Critiques politiques et techniques. L'étude détaillée du critère de l'avertissement solennel de la justice met en évidence plusieurs incohérences. D'abord, l'argument le plus évident a déjà été évoqué : si l'avertissement solennel de la justice fondait à lui seul la sanction aggravée de la récidive, comment expliquer que le réitérant ne soit pas traité de la même manière¹⁸⁰⁸ ? Le lien procédural ne constitue en effet qu'un fondement particulier propre à la récidive et la réitération, qui vient s'ajouter au lien substantiel ; par conséquent, il revêt un caractère secondaire. Ensuite et surtout, la doctrine le présente traditionnellement comme le critère de distinction entre la récidive d'une part, et le concours réel d'autre part, mais c'est oublier que la réitération d'infractions comporte également un lien de condamnation entre les infractions. Le critère classique de l'avertissement solennel de la justice encourt alors deux sortes de critiques, les unes politiques (A), les autres techniques (B).

¹⁸⁰⁴ *Supra*, n°469.

¹⁸⁰⁵ Notamment P. COUV RAT, « Le récidivisme : ses diverses dimensions », Rapport introductif, Travaux du XXI^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie, *RSC* 1983, p. 18 ; J. PINATEL, « Essai de synthèse des aspects criminologiques et juridiques du récidivisme », *RPDP* 1969, p. 249, spéc. p. 251.

¹⁸⁰⁶ *Supra*, n°19.

¹⁸⁰⁷ B. BOULOC, « Le récidivisme », Rapport de synthèse présenté au XXI^{ème} Congrès français de criminologie, *RSC* 1982, p. 199, spéc., p. 202 (sans pour autant préciser quels cas).

¹⁸⁰⁸ *Supra*, n°457 et s.

A. Les critiques politiques

500. Conception contractuelle du droit pénal français. La justification traditionnelle de cette différence de traitement est que celui qui aurait reçu un avertissement solennel de la justice serait plus coupable que celui qui ne l'a pas reçu¹⁸⁰⁹. Ce fondement semble devoir être rejeté. Selon MM. MERLE et VITU, « psychologiquement cette explication est en réalité assez pauvre, mais elle fait partie d'une certaine conception "contractuelle" du droit pénal français qui est un vestige de la théorie du contrat social. Le législateur français respectueux de la liberté de tous, ne punit qu'après avoir donné au futur coupable des avertissements minitieux et solennels »¹⁸¹⁰.

L'abolition de la distinction avait d'ailleurs été proposée au Parlement lors de la discussion de la loi du 2 février 1981 qui assimilait la récidive et le concours réel en leur conférant des effets aggravants identiques. Cependant cette solution a été abandonnée par l'Assemblée Nationale en première lecture au motif qu'elle allait à l'encontre du principe de non-cumul des peines auquel le droit français serait très attaché. Ce raisonnement n'est pas convaincant, voire « assez faible car le non-cumul est une suite non nécessaire, et d'ailleurs fort obscure, de la distinction procédurale entre récidive et concours réel, et non sa justification. Le projet de Code de 1983 a donc repris la vieille distinction entre récidive et concours réel, plus par immobilisme que par conviction. Il arrive ainsi que l'on conserve d'anciennes institutions mystérieuses de peur de perdre avec elle les avantages inconnus quelles pourraient contenir »¹⁸¹¹.

En outre, si le critère de l'avertissement solennel de la justice était vraiment efficace, comment expliquer le nombre de récidives constatées ? La vertu intimidante de ce mécanisme d'aggravation¹⁸¹² peut être remise en cause tant le maintien de la récidive à un haut niveau témoigne de sa faible efficacité¹⁸¹³. Compte tenu des statistiques, « le décalage quantitatif qui

¹⁸⁰⁹ P. BONFILS, *Rép. pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, préc., n°39.

¹⁸¹⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, op. cit., n°825.

¹⁸¹¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 401.

¹⁸¹² L'idée selon laquelle la condamnation aurait dû avoir une vertu dissuasive et ainsi empêcher le délinquant de commettre une nouvelle condamnation se retrouve en droit de la concurrence. Ainsi, la CJCE a dans l'arrêt Danone du 8 février 2007 (Aff. C-3/06P) approuvé le tribunal de première instance d'avoir souligné que « la récidive constitue la preuve de ce que la sanction antérieurement imposée à l'encontre de la requérante n'avait pas produit d'effets suffisamment dissuasifs ». Le juge communautaire admet donc la prise en compte de la réitération, qui marque un mépris des règles du droit de la concurrence et une défiance à l'égard du régulateur du marché.

¹⁸¹³ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n°1381.

existe entre la récidive légale (étroite), la réitération (large, au sens de l'article 132-16-7 du Code pénal) et les diverses formes d'ancrage habituel dans des délinquances non juridiquement déjà sanctionnées lors du premier jugement (encore plus larges, comme les concours réel d'infractions) rend *a priori* douteuse l'utilité de cette nouvelle aggravation des peines cantonnées à la récidive »¹⁸¹⁴.

501. Nul n'est censé ignorer la loi. Enfin, il a été remarqué qu'admettre qu'une décision juridictionnelle doit avertir l'auteur de l'infraction de son caractère répréhensible, « c'est confier au juge le rôle d'avertissement dévolu à la loi »¹⁸¹⁵ car nul n'est censé ignorer la loi. De plus, la décision du juge n'aura pas forcément les vertus pédagogiques que l'on lui prête, le juge pénal n'étant pas censé donner une leçon de droit pénal aux individus qu'il condamne.

Au-delà de ces critiques politiques, par définition susceptibles de contradiction, des critiques d'ordre technique permettent de convaincre des défauts de ce critère.

B. Les critiques techniques

502. Formalisation de l'avertissement solennel de la justice. Même si le critère de l'avertissement solennel de la justice peut ne pas convaincre au plan politique, ce défaut pourrait être compensé par son application inconditionnelle. Cependant, un examen attentif de l'effectivité d'un tel avertissement lors de chaque condamnation pénale permet de se rendre compte que ce critère n'est pas utilisable.

Ainsi, en matière de sursis simple, l'article 132-29 du Code pénal prévoit que le juge doit avertir le condamné des conséquences auxquelles l'expose la commission d'une nouvelle infraction dans le délai d'épreuve, et l'article 132-40 prévoit une information similaire en cas de prononcé d'une peine de sursis avec mise à l'épreuve. Mais jusqu'à la loi du 10 août 2007, aucune disposition particulière n'imposait au juge pénal de prévenir le condamné des conséquences de la commission d'une nouvelle infraction, autrement dit de l'avertir solennellement que s'il commet une autre infraction et que l'état de récidive est constitué,

¹⁸¹⁴ J.-F. SEUVIC, « La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs » ou les récidives du législateur », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROUSCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 109, spéc. p. 112.

¹⁸¹⁵ F. GONZALVEZ, *Etude critique du régime du concours réel d'infractions*, op. cit., n°108.

alors il encourra une peine aggravée. En 2006, le rapport Zochetto¹⁸¹⁶ prévoyait de créer un nouvel article 132-20-1 qui imposerait au président de la juridiction d'avertir le condamné des conséquences qu'entraînerait une condamnation pour une nouvelle infraction commise en état de récidive légale. Cette formalité a été introduite par le Sénat lors de la première lecture du texte. Les membres de la commission mixte paritaire l'ont rendue facultative, estimant qu'un avertissement systématique n'était pas opportun et que le président de la juridiction devait disposer d'un pouvoir d'appréciation. Finalement, la loi du 10 août 2007¹⁸¹⁷ a introduit un article 132-20-1 dans le Code pénal, selon lequel « lorsque les circonstances de l'infraction ou la personnalité de l'auteur le justifient, le président de la juridiction avertit, lors du prononcé de la peine, le condamné des conséquences qu'entraînerait une condamnation pour une nouvelle infraction commise en état de récidive légale »¹⁸¹⁸. Cependant, cette disposition ne permet pas pour autant de garantir l'effectivité d'un tel avertissement, et surtout de justifier qu'il constitue le critère de l'aggravation de la sanction du récidiviste et du réitérant par rapport à l'auteur d'un concours réel d'infractions.

Tout d'abord, il ressort de la lecture de cet article qu'un tel avertissement n'est pas obligatoire puisqu'il est censé avoir lieu « lorsque les circonstances de l'infraction ou la personnalité de l'auteur le justifient ». Cela semble vouloir dire que, par exemple, le « bon père de famille » qui commet une infraction non intentionnelle de faible gravité ne se verra sans doute pas avertir par le président de la juridiction car ce dernier estimera qu'il ne s'agit que d'un « accident », que ce délinquant n'est pas dangereux et ne risque pas de commettre une nouvelle infraction. Pourtant, il n'en devrait pas moins être averti sur les conséquences de la commission d'une nouvelle infraction, au même titre que, par exemple, l'auteur de violences volontaires aggravées, afin de l'inciter à davantage de prudence.

En outre, il faut remarquer que ce texte est presque symbolique dans la mesure où le non-respect de cette formalité n'est accompagné d'aucune sanction. Ainsi, le récidiviste encourra une peine aggravée même s'il n'avait pas été effectivement averti sur les conséquences d'une nouvelle infraction en état de récidive légale lors de sa première condamnation car l'état de récidive ne suppose pas de rechercher si l'agent avait conscience

¹⁸¹⁶ Rapp. Zochetto, Sénat, n°358, 2006-2007, relatif au projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, fait au nom de la commission des lois et déposé le 3 juillet 2007.

¹⁸¹⁷ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

¹⁸¹⁸ Selon la circulaire d'application de la loi, rédigée par la Chancellerie le 13 août 2007, l'avis est inutile lorsque le condamné se voit infliger la réclusion criminelle à perpétuité (Circ. DACG n° 2007-10, 13 août 2007 relative à la présentation des dispositions de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : BO min. Just. 30 août 2007, 1.4.2.), ce qui semble assez logique.

de se retrouver dans une telle situation¹⁸¹⁹. C'est sans doute l'argument principal qui permet de montrer que l'avertissement solennel n'est pas forcément le fondement de la récidive et de l'aggravation de peine en résultant, sauf à rattacher cet avertissement solennel plus à l'autorité nécessaire de la décision de justice qu'à la connaissance par l'auteur de sa situation de récidiviste.

503. Avertissements solennels non pris en compte pour la récidive ou la réitération. Par ailleurs, il faut remarquer que pour être prise en compte au titre de la récidive ou de la réitération, la condamnation doit remplir de nombreuses conditions¹⁸²⁰. Or, il est des cas dans lesquels l'auteur des infractions recevra un avertissement solennel de la justice, sans pour autant être « condamné » et par conséquent, sans devenir récidiviste ou réitérant potentiel. Par exemple, on est en droit de se demander si les mesures alternatives aux poursuites ne pourraient pas constituer elles aussi un avertissement judiciaire suffisamment sérieux pour mettre en garde le délinquant¹⁸²¹, alors que la jurisprudence refuse d'admettre qu'une mesure de composition pénale puisse constituer le premier terme de la récidive¹⁸²². Une telle solution aboutirait à une politique criminelle plus sévère, ce qui n'est pas nécessairement adapté. Cela étant, elle met en évidence la faiblesse du fondement de l'avertissement solennel de la justice qui doit être repensé dans son ensemble pour garantir un minimum de cohérence dans les règles relatives à la récidive.

D'ailleurs, certains participants au XXI^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie ont proposé de conférer au concours réel un effet aggravant au même titre que la récidive, mais uniquement lorsque l'auteur des actes a fait l'objet d'un avertissement solennel à propos de sa conduite par les services de police, un juge d'instruction ou par le juge de jugement dans l'hypothèse d'un ajournement provisoire du prononcé de la peine¹⁸²³.

En outre, il est des hypothèses dans lesquelles l'auteur des faits va recevoir l'avertissement solennel de la justice mais n'en sera pas moins juridiquement en état de concours réel. Par exemple, il se peut que cet avertissement solennel soit donné à l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel mais que cette personne commet une nouvelle infraction avant que le jugement devienne irrévocable. Puisque, pour caractériser l'état de récidive

¹⁸¹⁹ En ce sens : E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n°1381.

¹⁸²⁰ *Supra*, n°259 et s.

¹⁸²¹ E. GARÇON, « Un an de droit de la peine », *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°6.

¹⁸²² *Supra*, n°244.

¹⁸²³ B. BOULOC, « Le récidivisme », préc., p. 202.

légale, la condamnation doit être irrévocable, la personne sera ici en situation de concours réel d'infractions¹⁸²⁴ alors qu'elle a reçu l'avertissement solennel de la justice. Dans ce cas, cette personne n'encourra pas la peine aggravée de la récidive mais bénéficiera, au contraire, du très favorable principe du non-cumul des peines malgré la méconnaissance de l'avertissement solennel de la justice.

504. Conclusion de la Section 1. Finalement, le choix du législateur de réserver une sanction plus sévère au récidiviste et au réitérant en raison de leur méconnaissance de l'avertissement solennel de la justice semble un peu désuet. Non seulement ce critère est critiquable en soi, mais encore avertissement solennel de la justice et état de récidive ou de réitération ne vont pas toujours ensemble, ce qui illustre le caractère superficiel de ce fondement.

Dès lors, si ce n'est pas l'avertissement solennel de la justice qui fonde la sévérité du législateur à l'encontre du récidiviste et du réitérant, on pourrait penser à invoquer le critère de la peine. En effet, ces délinquants doivent être sanctionnés plus rigoureusement car ils ont continué à commettre des infractions même après avoir été condamnés, donc subi une peine. Pourtant, ce fondement est tout aussi faible que l'autre car il est tout à fait possible que le délinquant ait été condamné à une simple peine d'amende ou encore à une peine d'emprisonnement avec sursis, auquel cas il est évident que ladite peine n'a pas eu l'effet dissuasif escompté. Par conséquent, dans la mesure où le délinquant n'a pas systématiquement subi une peine qui aurait pu le dissuader de commettre d'autres infractions, il est difficile d'admettre que le fondement de la sanction de la récidive et de la réitération est la sanction subie après la première condamnation.

Ainsi l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude peine à trouver des fondements théoriques solides. Pourtant, l'on peut admettre le principe d'une telle différence de traitement car il est vrai que le délinquant qui commet une seconde infraction après avoir été condamné manifeste objectivement plus de mépris envers la loi pénale que celui qui n'a jamais été confronté à la réalité de la justice. En revanche, les modalités de cette différenciation semblent excessives. C'est donc moins le principe de cette influence que les manifestations de cette influence qu'il convient de modifier.

¹⁸²⁴ *Supra*, n°98.

Section 2 : Les manifestations de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale

505. Sanction d'une habitude et sanction de plusieurs habitudes. L'existence ou l'absence d'une condamnation entre les infractions formant une habitude a plusieurs conséquences. En premier lieu, la comparaison des sanctions propres à chaque habitude met en évidence une plus grande sévérité du législateur à l'encontre de celles qui sont dotées d'une condamnation. Si le choix du législateur de réserver une sanction plus sévère aux récidivistes et réitérants peut se comprendre, l'ampleur de la différence de sanction avec l'auteur du concours réel semble excessive. La condamnation a donc une influence sur la sanction de chaque habitude, qui méritera d'être appréciée (§ 1). En second lieu, lorsque plusieurs habitudes coexistent, on constate que celles qui comportent une décision de condamnation prévalent sur les autres au sens où leurs règles vont en quelque sorte primer. La condamnation a alors une influence sur la sanction des habitudes (§ 2).

§ 1 : L'influence de la condamnation sur la sanction de chaque habitude

506. Nombre de condamnations. Le droit pénal actuel admet implicitement que les récidivistes et les réitérants doivent être sanctionnés plus sévèrement que les auteurs d'infractions non séparées par une décision de condamnation car les premiers auraient reçu l'avertissement solennel de la justice contrairement aux seconds. Le législateur applique cette logique non seulement en présence d'une seule condamnation (A) mais encore lorsque le délinquant en a subi plusieurs (B).

A. L'influence de la condamnation unique

507. Critère de l'intensité du lien substantiel. L'impact de la condamnation liant les infractions sur la sanction de l'ensemble ne peut se percevoir qu'en comparant les sanctions des différentes habitudes. Toutefois, si l'on compare des habitudes dans lesquelles plusieurs paramètres sont différents, il sera difficile d'apprécier le rôle de chacun d'entre eux. C'est pourquoi, pour mettre en évidence l'influence de la condamnation entre les infractions sur la sanction de l'habitude, il faut comparer les différentes institutions pour lesquelles seul ce paramètre diffère. Ainsi, il convient de traiter séparément les habitudes pour lesquelles le lien

substantiel est d'une très forte intensité (1) et les habitudes pour lesquelles ce lien est moins prononcé (2).

1. L'influence sur les habitudes au lien substantiel de forte intensité

508. Récidive spéciale et temporaire et concours réel homogène. Les habitudes pour lesquelles le lien d'analogie et le lien temporel sont très intenses sont l'infraction d'habitude, la récidive spéciale et le concours réel homogène¹⁸²⁵. La sanction de l'infraction d'habitude ne peut toutefois pas être comparée à celles des autres institutions dans la mesure où cette habitude forme une seule infraction et non plusieurs. A partir de là, il faut comparer la récidive spéciale et temporaire, pour laquelle les infractions sont identiques ou assimilées, avec le concours réel homogène, pour lequel les infractions en concours sont également identiques. La seule différence entre ces deux institutions d'habitude est alors bien l'existence ou l'absence d'une décision de condamnation. Or, on se rend compte que la sanction de la première est bien plus sévère que celle de la seconde, ce qui tend à prouver l'influence de ce lien procédural sur la sanction.

509. Comparaison des sanctions légalement prévues. En effet, non seulement le récidiviste a déjà été condamné à une peine correspondant à la sanction de la première infraction, mais il encourt pour la seconde une peine aggravée. Cette peine aggravée correspond d'ailleurs généralement au double de la peine simple¹⁸²⁶. En revanche, si la première infraction n'a pas fait l'objet d'une condamnation, l'auteur se trouve en état de concours réel homogène. En l'état actuel du droit, seules certaines infractions sont concernées par l'application du cumul juridique des peines en cas de concours réel homogène¹⁸²⁷. La personne qui commet plusieurs fois une de ces infractions n'encourt pas les peines cumulées de chaque infraction, mais une seule peine aggravée par rapport à la peine normale. Elle est donc dans une situation plus clémente que le récidiviste car à infractions égales, elle n'a pas été condamnée entre temps.

Cette idée peut être illustrée par un exemple, qui pourrait être celui d'une personne qui recèle des objets d'arts volés chez des particuliers. Elle est condamnée pour un premier recel,

¹⁸²⁵ *Supra*, n°151. Sur la notion de concours homogène aggravant : *supra*, n°63.

¹⁸²⁶ *Supra*, n°461.

¹⁸²⁷ V. la liste *supra*, n°16.

infraction pour laquelle elle encourait une peine de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende¹⁸²⁸. Après avoir subi sa peine, elle commet un nouveau recel dans un délai de cinq ans. Conformément à l'article 132-10 du Code pénal, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé. Par conséquent, pour la seconde infraction, le receleur encourt dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende. Finalement, le receleur récidiviste aura au total encouru quinze ans d'emprisonnement et 1 125 000 euros d'amende. En revanche, si cette même personne commet plusieurs recels successifs non séparés par une condamnation, elle est dans une situation de concours réel homogène dans laquelle le législateur fait application du principe de cumul juridique des peines¹⁸²⁹. Elle encourt alors dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende pour l'ensemble des infractions commises¹⁸³⁰.

L'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude est donc incontestable. Au regard des peines encourues, la différence entre le récidiviste et l'auteur du concours réel homogène respecte toutefois des proportions qui peuvent paraître satisfaisantes. En revanche, ce n'est pas le cas s'agissant des habitudes pour lesquelles le lien substantiel est moins marqué.

2. L'influence sur les habitudes au lien substantiel de faible intensité

510. Récidive générale, réitération et concours hétérogène. Contrairement aux habitudes évoquées précédemment, la récidive générale, la réitération et le concours réel hétérogène comprennent un lien d'analogie et un lien temporel plus distendu¹⁸³¹. Lorsque l'on compare les sanctions de la récidive et de la réitération avec celles du concours réel hétérogène, la différence de traitement semble alors beaucoup trop importante.

D'abord, il convient de comparer les sanctions du concours réel et de la réitération. Dans le concours réel hétérogène, le délinquant a commis plusieurs infractions non identiques non séparées par une condamnation. Le principe est ici celui du non-cumul des peines, ce qui signifie que le délinquant ne subira qu'une seule peine pour l'ensemble des infractions commises. La peine encourue est alors plafonnée au maximum encouru pour la peine la plus

¹⁸²⁸ Art. 321-1 al. 3 C. pén. Sans compter que selon l'article 321-3, les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés.

¹⁸²⁹ *Supra*, n°447 et s.

¹⁸³⁰ Art. 321-2 1° C. pén.

¹⁸³¹ *Supra*, n°167 et s. ; 225 et s.

forte¹⁸³². Si les infractions en concours ont fait l'objet de poursuites séparées, le délinquant pourra ainsi demander la confusion des peines si la somme des peines prononcées excède ce plafond¹⁸³³. En revanche, si la première infraction a déjà été sanctionnée mais que la seconde n'est pas identique ou assimilée à la première, ou qu'elle est commise après le délai de récidive, le délinquant est en état de réitération. La peine encourue pour la seconde infraction n'est alors pas aggravée (contrairement à la récidive) mais l'auteur ne pourra pas demander la confusion de cette seconde peine avec la peine déjà subie pour la première infraction¹⁸³⁴. Par conséquent, il subira successivement deux peines simples. Il est donc dans une situation moins favorable que l'auteur d'un concours réel. Surtout, la différence de traitement est tellement démesurée qu'elle ne semble pas justifiée. L'auteur d'un concours réel d'infractions est en effet traité par le droit pénal comme s'il n'avait commis qu'une seule infraction¹⁸³⁵, ce qui ne manque pas d'être critiqué par la doctrine¹⁸³⁶ car « l'auteur d'un concours réel d'infractions est un délinquant d'habitude. Après avoir commis un fait pénal, loin de s'en ressaisir, il en commet un second, un troisième... Il est nécessaire de réprimer ses mauvaises tendances par la menace d'une sanction sévère »¹⁸³⁷.

La différence est encore plus flagrante lorsqu'on compare le concours réel et la récidive générale. Dans la récidive générale, les infractions sont en effet analogues par leur gravité mais pas par leur qualification juridique : autrement dit, du moment qu'il s'agit de crimes, peu importe qu'il s'agisse d'infractions différentes. Lorsque cette récidive est temporaire, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé¹⁸³⁸. Lorsqu'elle est perpétuelle, les peines sont également aggravées¹⁸³⁹. Ainsi, si seul le paramètre de la condamnation change, la sanction est très différente. Tandis que l'auteur du concours réel aura subi une seule peine non aggravée, le récidiviste aura subi deux peines dont une aggravée. Cet écart semble excessif. Toutefois, dans ce cas, c'est moins l'écart entre les sanctions que la définition trop large de la récidive, qui est caractérisée en l'absence

¹⁸³² *Supra*, n°436 et s.

¹⁸³³ *Supra*, n°439 et s.

¹⁸³⁴ Art. 132-16-7 al. 2 C. pén.

¹⁸³⁵ Certes, le nombre d'infractions sera pris en compte pour l'individualisation de la peine, mais cet argument ne semble pas décisif.

¹⁸³⁶ A. OUDIN, *Du concours de faits punissables. Du cumul ou du non-cumul des peines*, Thèse Rennes 1876, p. 63 ; A. GHASSEMI, *Le concours réel d'infractions en droit français contemporain*, Thèse Paris 1962, p. 11 ; F. DE LABROUHE DE LABORDERIE, *Du cumul des délits en droit français*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸³⁷ D. BECHERAOU, *Le concours réel d'infractions*, Thèse Strasbourg, 1991, p. 134.

¹⁸³⁸ Art. 132-9 C. pén.

¹⁸³⁹ Art. 132-8 C. pén. : « Le maximum de la peine de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle est la perpétuité si le maximum fixé par la loi pour ce crime est de vingt ou trente ans. Le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle si le crime est puni de quinze ans ».

d'analogie de qualifications, qui est contestable. En effet, le fondement le plus déterminant de l'aggravation devrait être le lien substantiel et non le lien procédural de condamnation.

511. Exemple. Par exemple, X commet l'infraction d'importation de stupéfiants, pour laquelle il encourt dix ans d'emprisonnement et 7 500 000 euros d'amende¹⁸⁴⁰. Puis, avant d'être condamné pour cette première infraction, X commet, au plus tard trois ans après la première infraction¹⁸⁴¹, une destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, pour laquelle il encourt dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. En application des règles prévues aux articles 132-3 et suivants du Code pénal, X encourra seulement, pour ces deux infractions, dix ans d'emprisonnement et 7 500 000 euros d'amende.

En revanche, s'il est condamné entre ces deux infractions, il faut distinguer alors deux cas. Premièrement, l'article 132-9 alinéa 1 du Code pénal prévoit que si la seconde infraction est commise dans le délai de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine prononcée pour la première infraction, il est en état de récidive légale ; le même article prévoit alors que les peines d'emprisonnement et d'amende sont doublées. Par conséquent, X encourt dans cette hypothèse vingt ans d'emprisonnement¹⁸⁴² et 300 000 euros d'amende pour la seconde infraction. Il pourrait donc potentiellement subir, pour l'ensemble des infractions accomplies, trente ans d'emprisonnement et 7 800 000 euros d'amende. En outre, pour la seconde infraction, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement inférieure à quatre ans¹⁸⁴³, sauf par une décision spécialement motivée eu égard aux circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion de celui-ci¹⁸⁴⁴.

Deuxièmement, si la seconde infraction est commise après ce délai de dix ans, le délinquant est alors en état de réitération : la peine encourue pour la seconde infraction n'est pas aggravée mais elle ne peut pas être absorbée par la peine déjà subie pour la première

¹⁸⁴⁰ Art. 222-36 C. pén.

¹⁸⁴¹ A défaut de quoi la première infraction sera prescrite, puisqu'en matière délictuelle, l'action publique se prescrit par trois ans, sauf cas particuliers (art. 8 C. proc. pén.).

¹⁸⁴² Et non pas vingt ans de « réclusion criminelle » puisque la récidive n'a pas pour effet de changer la nature de l'infraction : *supra*, n°291.

¹⁸⁴³ Art. 132-19 al. 1 4° C. pén.

¹⁸⁴⁴ Art. 132-19-1 al. 2 C. pén.

infraction. Au final, le réitérant aura au maximum subi la somme de chacune des peines, c'est-à-dire vingt ans d'emprisonnement et 7 650 000 euros d'amende.

La sanction encourue par l'auteur d'un concours réel semble donc excessivement faible par rapport à celle du réitérant et *a fortiori* à celle du récidiviste.

512. Conclusion sur l'influence de la condamnation unique. Le fondement particulier de l'habitude que constitue la condamnation entre les infractions a donc une réelle influence sur la sanction des habitudes. Si cette idée a pu être confirmée en cas de condamnation unique entre les infractions, elle se vérifie d'autant plus en cas de pluralité de condamnations.

B. L'influence de la pluralité de condamnations

513. Multirécidive et multiréitération. L'habitude ne comporte pas de maximum de comportements, si bien que cet ensemble peut comprendre simplement deux infractions, ou bien dix ou plus. Quel que soit le nombre de comportements, il n'y aura donc qu'une seule habitude¹⁸⁴⁵. Cela étant, s'agissant des habitudes qui requièrent un lien de condamnation, pour qu'il y ait multirécidive ou multiréitération, il faut qu'il y ait plusieurs condamnations entre les infractions. La « multirécidive » peut ainsi se définir comme l'état dans lequel une personne a commis plusieurs infractions, dont au moins deux en état de récidive légale, ce qui suppose qu'elle ait commis au moins trois infractions¹⁸⁴⁶. Et la multiréitération suppose également au moins deux condamnations mais sans que les conditions de la récidive soient réunies. La pluralité de condamnations aggrave encore davantage le sort du réitérant et du récidiviste par rapport à l'auteur du concours réel.

En effet, le concours réel peut également comprendre une infinité d'infractions et par exemple trois. Ces trois infractions en concours seront traitées selon les mêmes règles qu'évoquées précédemment, c'est-à-dire selon le non-cumul des peines. Autrement dit, le délinquant encourt une seule peine plafonnée pour les trois infractions, ce qui lui est très favorable. A l'inverse, lorsque le délinquant a été condamné après chacune de ces infractions, il est en état de multirécidive ou multiréitération.

¹⁸⁴⁵ *Supra*, n°122 et s.

¹⁸⁴⁶ *Supra*, n°137 et s.

514. Absence d'aggravation progressive. Certes, la peine encourue par le multirécidiviste n'est pas aggravée progressivement selon le nombre de condamnations, puisque le maximum légal encouru reste le même quel soit que le nombre de condamnations. Cela n'a pourtant pas toujours été le cas. En effet, le Code des délits de boissons sanctionnait de manière progressive les multirécidivistes. La personne trouvée en état d'ivresse était, selon l'article R. 4, passible d'une contravention de deuxième classe, qui n'était pas aggravée en cas de récidive. Mais si une seconde récidive survenait dans les douze mois, la personne était frappée d'une peine correctionnelle de six mois d'emprisonnement et 25 000 francs d'amende. Enfin, si dans les cinq ans, intervenait une nouvelle condamnation, le multirécidiviste encourait alors une peine d'un an d'emprisonnement et 50 000 francs d'amende. Un mécanisme analogue était prévu pour les cafetiers qui servaient à boire à des personnes manifestement ivres et qui ne commettaient de ce fait qu'une contravention de quatrième classe non aggravée en cas de récidive, mais encouraient six mois d'emprisonnement et 25 000 francs d'amende lors de la deuxième récidive, peines doublées en cas de nouvelle récidive dans les cinq ans. Ce mécanisme n'ayant pas été repris par le Code de la santé publique¹⁸⁴⁷, ces dispositions ont été tacitement abrogées, qui prévoyaient que le *quantum* de la peine encourue était donc proportionnel au nombre de condamnations.

Mais une telle technique, qui n'avait qu'un champ d'application relativement restreint, n'a jamais convaincu le législateur pénal qui n'a pas choisi le système de l'aggravation progressive¹⁸⁴⁸. En effet, ce système progressif, qui consiste à accroître la sévérité de la

¹⁸⁴⁷ Adopté par l'ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000.

¹⁸⁴⁸ Toutefois, il existait une peine complémentaire obligatoire de relégation, créée par la loi du 27 mai 1885. La relégation était définie par l'article 1^{er} de la loi comme un « internement perpétuel sur le territoire de colonies ou possessions françaises des condamnés que la présente loi a pour objet d'éloigner de la France », il s'agissait donc d'une mesure d'élimination perpétuelle des multirécidivistes présumés incorrigibles. Les délinquants visés par la loi étaient ceux qui, dans un intervalle de dix ans, non comprise la durée des peines subies, avaient encouru un certain nombre de condamnations. Quatre cas de récidive étaient alors prévus. Premièrement, deux condamnations à une peine criminelle. Deuxièmement, trois condamnations, dont une à une peine criminelle et les deux autres à l'emprisonnement, de quelque durée que ce soit pour crime, ou à plus de trois mois pour certains délits spécifiés notamment le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'outrage public à la pudeur, l'excitation à la débauche et l'exercice du métier de souteneur. Troisièmement, quatre condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement pour l'un de ces délits. Enfin, sept condamnations dont deux au moins à plus de trois mois pour délits spécifiés et les autres pour vagabondage ou infraction à interdiction de séjour, deux de celles-ci devant encore être supérieures à trois mois. Par la suite, d'autres cas de relégation ont été rajoutés. Notamment les anarchistes ayant commis des attentats, les étrangers auteurs d'infractions à un arrêté d'expulsion ou à la police des étrangers, les avorteurs ou encore les proxénètes condamnés deux fois. A propos de certains de ces nouveaux cas, P. BOUZAT fait remarquer qu'exceptionnellement, la relégation leur est applicable dès la première condamnation, c'est-à-dire bien qu'ils n'aient jamais reçu l'avertissement solennel de la justice. Cette solution serait justifiée par l'idée selon laquelle les tendances manifestées par un délinquant primaire suffisent parfois à faire immédiatement redouter son incorrigibilité (« La lutte contre le récidivisme en France », *RSC* 1966, p. 851, n°13). V. aussi Rapport d'information de l'Assemblée Nationale n°1718, 7 juill. 2004, préc. et J.-L.

sanction à chaque nouvelle rechute et à la proportionner à l'obstination du délinquant ne semble pas particulièrement efficace car après un certain nombre de rechutes, le récidiviste apparaît comme un délinquant installé dans l'habitude pour lequel l'aggravation de la peine sera inopérante¹⁸⁴⁹.

Malgré l'absence d'aggravation progressive, l'écart entre la sanction encourue par l'auteur du concours réel et le multirécidiviste se creuse au fur et à mesure des condamnations.

515. Exemple de sanctions pour trois infractions. Reprenons le cas de X qui a accompli deux infractions, une importation de stupéfiants (dix ans d'emprisonnement et 7 500 000 euros d'amende) et une destruction, dégradation, détérioration dangereuse pour les personnes (dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende)¹⁸⁵⁰. Il commet par la suite une troisième infraction : la provocation d'un mineur à transporter des stupéfiants avec la circonstance aggravante que l'infraction est commise aux abords d'un établissement scolaire, infraction pour laquelle il encourt dix ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende¹⁸⁵¹. Si cette infraction est commise en concours réel avec les deux précédentes, X n'encourra que la peine la plus forte des trois, c'est-à-dire celle correspondant à la détention de stupéfiants. Autrement dit, qu'il ait commis seulement l'une de ces trois infractions ou les trois, il encourt la même peine. En revanche, si la seconde a été commise en état de récidive légale, et la

SANCHEZ, « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus, revue hypermédia* [En ligne], Les bagnes coloniaux. Consultable : <http://criminocorpus.revues.org/181>.

L'application de la relégation était obligatoire dès que le juge constatait à la charge du délinquant l'existence d'un des cas visés par la loi. La présomption d'incorrigibilité revêtait donc un caractère irréfragable.

Finalement cette peine complémentaire est devenue susceptible de grâce en 1942, et de libération conditionnelle en 1951 ; et la loi du 3 juillet 1954 l'a rendue facultative. La loi du 17 juillet 1970 a changé le nom de l'institution : elle est devenue la tutelle pénale exclusivement réservée aux multirécidivistes (Sur ce thème, v. notamment J. PRADEL, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur l'exécution des peines », *D.* 1971, chron. p 183 ; NICOT, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative au régime des peines », *RSC* 1971, p. 621, spéc. p. 638.). Définie par les articles 58-1 à 58-3 de l'ancien Code pénal et mise en œuvre en application des dispositions des articles 728-1 à 728-4 du code de procédure pénale introduits par la loi du 17 juillet 1970, la tutelle pénale se substitua à la relégation dont le régime juridique paraissait inadapté. La tutelle pénale tendait à « protéger la société contre les agissements des multirécidivistes en offrant à ceux-ci la possibilité de se reclasser au sein de la collectivité ». Son prononcé était facultatif pour le juge et ne concernait plus que les récidivistes pour crime ou délit de droit commun condamnés, au cours d'une période de dix années : soit à deux peines criminelles ; soit à quatre peines d'emprisonnement de plus de six mois dont les auteurs étaient jugés « particulièrement dangereux ». A la différence de la relégation, la tutelle pénale n'était pas « perpétuelle » puisqu'elle ne pouvait excéder une durée de dix ans à compter de l'expiration de la peine principale. Son prononcé devait être précédé d'une enquête de personnalité et d'un examen médico-psychologique. Son exécution s'effectuait soit au sein d'un établissement pénitentiaire, en principe spécialisé, soit en milieu ouvert. La tutelle pénale a finalement été abrogée par la loi du 2 février 1981.

¹⁸⁴⁹ A. LEGAL, « Les conditions et effets de la récidive », préc., p. 610.

¹⁸⁵⁰ Exemple donné *supra*, n°511.

¹⁸⁵¹ Art. 227-18-1 al. 2 C. pén.

troisième aussi, alors X est en état de multirécidive. Pour la troisième infraction, il encourt donc une peine aggravée : selon l'article 132-9 du Code pénal cette peine est doublée et portée à vingt ans d'emprisonnement et 600 000 euros d'amende. En outre, comme l'infraction est commise une nouvelle fois en état de récidive et qu'il s'agit d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, l'article 132-19-1 alinéa 3 dispose que la juridiction ne peut prononcer une autre peine que l'emprisonnement. Cette peine ne saurait ainsi être inférieure à quatre ans, sauf par décision spécialement motivée si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. Par conséquent, si l'on additionne l'ensemble des maxima légaux encourus par le récidiviste, il aura encouru au total cinquante ans d'emprisonnement et 8 400 000 euros d'amende. La différence avec les peines encourues en cas de concours réel est alors flagrante. Il est vrai que pour le multirécidiviste, l'argument de l'avertissement solennel de la justice semble plus convaincant car celui qui commet une troisième infraction alors qu'il a déjà subi une peine d'emprisonnement (en raison de l'application des peines planchers lors de la première récidive), même courte, persiste malgré l'expérience de privation de liberté. Il connaît pourtant les conséquences juridiques les plus lourdes de ses actions mais persévère malgré tout dans le chemin du crime. Il est alors logique qu'il soit sanctionné plus sévèrement que l'auteur du concours réel qui continue à commettre des infractions simplement car il réussit à échapper aux autorités judiciaires.

Si les conditions de la récidive n'étaient pas réunies, pour la troisième infraction, X encourrait la peine simple prévue, c'est-à-dire dix ans d'emprisonnement et 300 000 euros. Cette peine se cumulerait alors avec les peines déjà subies pour les deux premières infractions, sans qu'il puisse en demander la confusion, contrairement à l'auteur du concours réel. Finalement, le multirécidiviste pourrait avoir subi trente ans d'emprisonnement et 7 950 000 euros d'amende.

516. Bilan de l'influence de la condamnation. L'idée selon laquelle le délinquant déjà condamné qui commet une ou plusieurs nouvelles infractions doit être puni plus sévèrement car il n'a pas tenu compte de l'avertissement solennel de la justice se vérifie donc en droit positif. Ainsi, lorsque l'on compare les sanctions des différents concours réels avec celles de la récidive et de la réitération, on se rend compte que les secondes sont nettement plus sévères que les premières. Si l'ampleur de cette différence n'est pas choquante lorsque le législateur applique le principe du cumul juridique des peines pour le concours réel homogène, en revanche, la clémence qu'il manifeste à travers le principe de non-cumul pour le concours réel hétérogène semble excessive au regard de la sévérité accrue exprimée contre

les récidivistes et les réitérants. En effet, que le délinquant commette une seule infraction ou dix, il encourra la même peine, alors que le récidiviste et le réitérant voient leurs sanctions se cumuler (et doubler pour le récidiviste) à chaque nouvelle infraction. C'est donc moins le nombre d'infractions commises que le nombre de condamnations entre ces infractions qui détermine l'ampleur de la sanction de l'habitude. L'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude semble donc parfois trop marquée, ou l'influence de l'absence de condamnation entre les infractions aboutit à des sanctions parfois trop clémentes.

Par ailleurs, au-delà de l'influence de la condamnation sur les sanctions applicables isolément à chaque habitude, l'existence de ce lien procédural entre les infractions joue également un rôle lorsque plusieurs habitudes coexistent.

§ 2 : L'influence de la condamnation sur la sanction de plusieurs habitudes

517. Coexistence de plusieurs habitudes. L'existence d'une condamnation pénale entre les infractions a une influence lorsque plusieurs institutions d'habitude coexistent chez une même personne. En effet, il est possible qu'une personne soit successivement récidiviste, réitérante et en concours réel. Lorsque c'est le cas, il apparaît que la condamnation entre les infractions va aussi avoir un rôle sur la sanction de l'ensemble de ces habitudes. Ainsi, on constate une influence de l'état de récidive (A) et de l'état de réitération (B) sur la sanction du concours réel.

A. L'influence de l'état de récidive sur la sanction du concours réel

518. Articulation entre concours réel d'infractions et récidive. D'abord, il est possible que le concours réel soit antérieur à la récidive. Cela suppose qu'une personne commette deux infractions en concours, puis qu'elle soit, conformément aux articles 132-3 et suivants du Code pénal, condamnée à une peine unique et indivisible, réputée commune aux deux infractions. Théoriquement, il n'est donc pas possible de la « diviser » pour savoir quelle partie correspond à telle infraction. Si après avoir subi cette peine, le délinquant commet à nouveau une infraction, cette indivisibilité de la peine n'empêche pas de caractériser la récidive puisque, contrairement à l'ancien Code pénal, on ne prend pas en compte la peine effectivement *prononcée* pour déterminer le cas de récidive, mais la peine *encourue* pour la

première infraction¹⁸⁵² ; il est donc aujourd'hui indifférent que le délinquant ait été en concours réel avant d'être récidiviste. En revanche, l'hypothèse qui pose problème est celle où le concours réel est postérieur à la récidive, autrement dit, lorsqu'après avoir été condamné et avoir subi sa peine, le délinquant commet plusieurs infractions en concours. Faut-il alors faire prévaloir les règles du concours ou de la récidive ?

519. Détermination de la peine la plus forte en tenant compte de la récidive. Selon l'alinéa 2 de l'article 132-5 du Code pénal, pour l'application des articles 132-3 et 132-4, c'est-à-dire respectivement en cas de poursuite unique et en cas de poursuites séparées, « il est tenu compte, s'il y a lieu, de l'état de récidive ». Cela sous-entend que pour déterminer le maximum légal, le plafond qu'il ne faut pas dépasser, il doit être tenu compte d'une éventuelle circonstance aggravante de récidive puisque celle-ci augmente la peine encourue. Par conséquent, si après avoir subi sa condamnation pour une infraction A, le délinquant commet plusieurs infractions non séparées entre elles par une autre condamnation (infractions B et C), pour déterminer la peine encourue pour B et C, il faut tenir compte de l'état de récidive. Autrement dit, si l'une de ces deux infractions remplit les conditions de la récidive, il faudra tenir compte de la peine aggravée pour déterminer le montant de la peine la plus forte¹⁸⁵³.

520. Exemple. Par exemple, X est condamné pour vol simple (infraction A), infraction pour laquelle il encourait 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Moins de cinq ans après avoir purgé sa peine¹⁸⁵⁴, il commet à nouveau un vol (infraction B) puis, sans être condamné entre temps, une escroquerie¹⁸⁵⁵ (infraction C). Les conditions de la récidive sont remplies entre A et B ainsi qu'entre A et C¹⁸⁵⁶, mais pas entre B et C puisque ces deux infractions sont en concours. Qu'elles fassent l'objet d'une poursuite unique ou de poursuites séparées, il faudra prendre en compte l'état de récidive pour déterminer le plafond de peine à ne pas dépasser, conformément à l'article 132-5 alinéa 2. En cas de poursuite unique, le juge

¹⁸⁵² *Supra*, n°256.

¹⁸⁵³ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1906, art. 56, 57 et 58, n°16 : « Lorsqu'un individu ayant déjà subi une condamnation commet postérieurement plusieurs crimes ou délits, il y a lieu d'appliquer à la fois les règles de la récidive et du non-cumul ; toutes les peines prononcées à l'occasion de ces délits nouveaux s'absorbent dans la plus forte et celle-ci peut être, s'il y a lieu, aggravée à raison de la récidive ».

¹⁸⁵⁴ Conformément au délai prévu par l'art. 132-10 C. pén.

¹⁸⁵⁵ Infraction punie de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende (art. 313-1 C. pén.).

¹⁸⁵⁶ Puisque l'article 132-16 du Code pénal dispose que le vol et l'escroquerie sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

ne pourra prononcer pour B et C qu'une seule peine dans le maximum de la peine encourue pour l'infraction la plus grave. En l'occurrence, la peine prononcée pour B et C ne pourra pas excéder, compte tenu de l'état de récidive, dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende. Si les infractions font l'objet de poursuites séparées et si la somme des peines prononcées pour B et C excède ce plafond, X pourra demander la confusion de la peine prononcée pour B ou pour C avec l'autre, mais en aucun cas avec l'infraction A¹⁸⁵⁷.

Ainsi, lorsqu'il y a coexistence entre récidive et concours réel, la condamnation entre les infractions joue indirectement un rôle sur la sanction du concours réel.

521. Récidive suivie d'un concours homogène. Il est possible que le concours réel commis après la condamnation soit un concours homogène pour lequel le législateur fait application du principe du cumul juridique des peines¹⁸⁵⁸. Par exemple, après être condamné pour blanchiment (infraction A), une personne commet deux autres blanchiments eux-mêmes non séparés par une décision de condamnation (infractions B et C). L'articulation des règles du concours et de la récidive dépend toutefois de la conception que l'on se fait de cette hypothèse dans laquelle le législateur punit d'une peine aggravée une infraction commise à titre habituel.

Si l'on conçoit la répétition de l'infraction comme une circonstance aggravante d'habitude, il faut d'abord appliquer l'aggravation résultant de cette circonstance spéciale avant d'appliquer celle résultant de la récidive¹⁸⁵⁹. L'infraction B sera ainsi punie d'une peine simple, soit cinq ans et 375 000 euros d'amende¹⁸⁶⁰ ; en revanche, l'infraction C sera punie d'une peine aggravée en raison de la circonstance aggravante d'habitude, soit dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende¹⁸⁶¹. Si la récidive est constituée à la fois entre A et B et entre A et C, cela signifie que les peines encourues pour A et C sont doublées conformément à l'article 132-10 du Code pénal. L'infraction B est donc punie de dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende. Mais si l'on double la peine encourue pour

¹⁸⁵⁷ Si l'infraction C n'est pas une infraction identique ou assimilée, ou qu'elle a lieu après le délai de récidive, il y aura réitération entre A et C mais la solution est identique car la récidive prévaut sur la réitération. Ainsi pour déterminer la peine la plus grave pour appliquer le non-cumul des peines, on tiendra compte de l'état de récidive entre A et B, et la peine de l'infraction B étant aggravée, elle sera généralement la plus forte.

¹⁸⁵⁸ Cette hypothèse est d'ailleurs assez courante, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence en matière de recel. V. par ex. Cass. crim. 10 mai 2005 : inédit, pourvoi n°04-85743 ; 29 janv. 2008 : inédit, pourvoi n°07-84326 ; 6 mai 2008 : inédit, pourvoi n°07-87022 ; 20 oct. 2010 : inédit, pourvoi n°09-85361.

¹⁸⁵⁹ *Supra*, n°465.

¹⁸⁶⁰ Art. 324-1 C. pén.

¹⁸⁶¹ Art. 324-2 1° C. pén.

l'infraction C, celle-ci est portée à vingt ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende. Par conséquent, la peine encourue pour les infractions B et C ne pourra pas dépasser vingt ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende.

En revanche, si l'on applique la théorie du cumul juridique, la récidive a pour effet de neutraliser l'aggravation résultant normalement de ce cumul. La peine aggravée étant commune aux deux infractions, il ne s'agit pas *stricto sensu* d'une circonstance aggravante. Par conséquent, pour déterminer la peine la plus forte encourue, il suffit de tenir compte de l'état de récidive. Au lieu d'appliquer le cumul juridique, on applique les règles de la récidive : la détermination de la peine la plus forte se fait en tenant compte de l'aggravation résultant de la récidive, mais il n'y a pas lieu d'appliquer le cumul juridique. L'état de récidive prévaudrait ainsi sur l'application de ce cumul juridique en limitant les effets. Cette solution peut être justifiée de la manière suivante : si le choix pour le cumul juridique des peines est opportun pour régler le concours réel non précédé d'une récidive car il permet de sanctionner plus sévèrement celui qui a commis plusieurs infractions que celui qui n'en a commis qu'une seule, cette règle n'a pas à s'appliquer en cas de récidive dans la mesure où celle-ci a déjà pour effet d'aggraver la peine encourue par l'auteur.

La jurisprudence ne semble pas s'être prononcée explicitement sur la question et plus exactement sur le choix de l'une ou l'autre conception.

B. L'influence de l'état de réitération sur la sanction du concours réel

522. Articulation entre concours réel et réitération. Tout comme pour la récidive, l'existence d'un concours réel antérieur à la réitération ne pose guère de problème particulier. En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'un réitérant commet plusieurs infractions en concours. Quelle sanction encourt-il lorsqu'il commet, après sa première condamnation, plusieurs infractions nouvelles ? Faut-il additionner les peines qui, en cas de poursuites séparées, ont été prononcées par les juridictions qui ont jugé successivement ces différentes infractions ?

Par exemple, le délinquant a commis une infraction A pour laquelle il a été condamné. Après avoir subi sa peine, il commet deux nouvelles infractions, B et C, ces deux dernières infractions étant en concours puisqu'elles ne sont pas séparées par une condamnation intervenue entre elles. Si l'état de récidive n'est constitué ni entre A et B, ni entre A et C, le délinquant est en état de réitération. Il faut alors distinguer deux cas. D'abord, si les infractions en concours font l'objet d'une poursuite unique, la juridiction prononcera une

seule peine pour B et C, qui ne pourra pas être confondue avec la peine prononcée pour A. De ce point de vue, il n'y a rien de choquant. En revanche, si B et C sont poursuivies séparément, l'ambiguïté de l'alinéa 2 de l'article 132-16-7 trouve un écho particulier. Ce texte prévoit en effet que « les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de *quantum* et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente ». Or, selon une interprétation stricte du texte, la peine définitivement prononcée lors de la condamnation précédente peut viser la peine prononcée pour l'infraction B qui avait été poursuivie en premier. Cela signifie donc que si B est sanctionnée définitivement avant C, le délinquant ne pourrait pas solliciter la confusion de peine entre C et B, alors même que ces deux infractions sont en concours réel. Autrement dit, si un individu commet, en état de réitération, dix infractions de faible gravité en concours, mais qu'elles sont découvertes et jugées séparément, chaque peine devrait se cumuler avec la peine précédente dès lors qu'elle a été définitivement prononcée. Un député avait d'ailleurs fait remarquer ce problème lors des débats à l'Assemblée Nationale, en soulignant que « la réitération, inspirée du droit anglo-saxon, permet au juge de prononcer des peines exorbitantes au regard de la gravité de chaque infraction, dès lors que le prévenu a déjà été condamné une fois. Ainsi, dix vols simples venant après une autre condamnation pourraient être sanctionnés par trente ans si le maximum des peines était à chaque fois prononcé¹⁸⁶². En tout état de cause, la peine pourrait être de plus de six ans, ce qui est la peine encourue si la récidive était retenue. Cette disposition est contraire à l'échelle des peines »¹⁸⁶³.

523. Inégalité de traitement selon l'unité ou la pluralité de poursuites. Cette disposition crée alors une inégalité de traitement entre les justiciables¹⁸⁶⁴, entre ceux qui font l'objet de poursuites distinctes, et ceux qui ne le font pas, car en cas de poursuite unique, les seconds juges prononceront une peine unique pour l'ensemble des nouvelles infractions conformément aux règles applicables en matière de concours réel.

Il faut donc veiller à procéder à une application distributive des règles pour que l'ensemble des infractions en concours soit d'abord traité avec les règles classiques du concours et pour décider ensuite que cet ensemble ne peut pas faire l'objet d'une confusion de

¹⁸⁶² NLDR : dix fois trois ans.

¹⁸⁶³ 1ère Séance du mardi 14 déc. 2004. Le compte-rendu analytique officiel est disponible sur internet : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/099.asp#P40_386.

¹⁸⁶⁴ D. THOMAS, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, préc., n°139 ; « Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », préc., p. 1124.

peine avec la première infraction. Autrement dit, les peines prononcées pour B et C peuvent se confondre entre elles, conformément aux règles du concours. En revanche, elles ne peuvent pas se confondre avec la peine prononcée pour l'infraction A.

L'état de réitération précédant le concours réel crée ainsi une interférence avec celui-ci en raison de l'existence d'une première condamnation séparant les infractions. Ce lien procédural a donc une influence non seulement sur la sanction des habitudes qui en comportent un, mais également lorsque plusieurs habitudes coexistent.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Certaines habitudes comme la récidive et la réitération ont pour particularité de comporter une décision de condamnation entre les infractions qui les composent. Ce lien procédural entre les comportements constitue l'élément qualifiant de ces habitudes pénales judiciaires au sens où, venant s'ajouter au lien substantiel, il marque leur particularité et justifie le fait que les infractions soient traitées ensemble par le droit pénal. Dès lors, cela implique que ce lien ait une influence sur la sanction de l'ensemble. Avant d'envisager les manifestations concrètes de cette influence, il a semblé nécessaire de s'interroger sur ses justifications.

Le législateur et la doctrine ont toujours considéré que le récidiviste devait être puni plus sévèrement que l'auteur d'un concours réel car le premier aurait reçu « l'avertissement solennel de la justice ». Toutefois, ce critère encourt plusieurs critiques, notamment en ce que le prononcé d'une condamnation n'est pas toujours assorti d'un avertissement de la part du juge sur les conséquences qu'aurait pour le délinquant la commission d'une nouvelle infraction. En outre, il est des cas dans lesquels l'auteur de plusieurs infractions est juridiquement en état de concours réel alors même qu'il a reçu un avertissement solennel. L'idée selon laquelle celui qui a été averti par l'autorité judiciaire des conséquences juridiques d'une nouvelle rechute doit être sanctionné plus sévèrement peut donc ne pas emporter une totale adhésion. Toutefois, c'est moins cette idée en elle-même que ses conséquences en droit positif qui sont contestables.

S'agissant en effet des manifestations de l'influence de cette condamnation sur la sanction des habitudes, on constate une différence de sanction excessive entre le récidiviste et l'auteur d'un concours réel. Si le premier a déjà subi une peine et encourt, en plus, une peine aggravée pour la seconde infraction, le second encourra dans la majorité des cas une seule peine quel que soit le nombre d'infractions commises. Ainsi, on a pu constater en comparant des situations où seule change l'existence d'une condamnation, que la sanction peut aller du simple au triple. Ce lien procédural a donc un impact considérable sur la sanction encourue. En outre, cette condamnation influence la sanction encourue lorsque plusieurs habitudes coexistent. En effet, lorsqu'un délinquant commet plusieurs infractions en concours réel alors qu'il est en état de récidive ou de réitération, l'état résultant de cette première condamnation va déterminer en grande partie la sanction encourue, au détriment des règles classiques du concours réel. Par conséquent, si le principe même d'une gradation des sanctions entre

concours réel, réitération et récidive peut être maintenu, il faudrait en revoir les modalités afin de doter l'ensemble d'une plus grande cohérence. L'existence ou l'absence d'une condamnation entre les infractions devrait alors être minimisée, tandis que l'existence d'un lien d'analogie entre les infractions mériterait de jouer un plus grand rôle, ce lien n'étant pas simplement un élément qualifiant spécifique aux habitudes judiciaires mais l'élément qualifiant général de l'habitude pénale.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le droit pénal traite ensemble plusieurs comportements au sein de l'habitude afin de doter cette nouvelle entité de sanctions particulières. En effet, si cet ensemble consistait simplement en une juxtaposition de plusieurs comportements, chacun restant soumis à ses propres sanctions, il serait fort peu utile. A partir de là, les sanctions de l'habitude doivent être dépendantes des raisons pour lesquelles le droit pénal traite ces comportements ensemble. La sanction de l'habitude doit donc, plus précisément, dépendre de ses fondements. Or, l'habitude a plusieurs fondements. L'un est général, applicable à toutes les institutions, il s'agit du lien substantiel unissant les comportements. L'autre est particulier, propre à la récidive et la réitération, il consiste en un lien procédural : l'existence d'une condamnation entre les infractions.

La sanction de l'habitude doit alors, en premier lieu, être influencée par le lien substantiel. Si les comportements répétés sont appréhendés ensemble, c'est en raison du lien d'analogie et du lien temporel qui les unit. En effet, le délinquant qui commet plusieurs infractions de même nature sans être séparées par un délai trop long semble mériter une sanction particulière, aggravée. Afin d'apprécier l'influence de ce double lien sur la sanction de l'habitude, il fallait comparer les différentes institutions d'habitude pénale en fonction de l'intensité du lien. D'abord, la comparaison des sanctions des habitudes non judiciaires a mis en évidence le fait que le concours réel homogène est plus sévèrement puni que le concours réel hétérogène, précisément en raison du lien substantiel d'analogie. Ensuite, la comparaison des sanctions de la récidive et de la réitération a permis de constater que si les sanctions pénales de la première étaient plus graves, c'est parce que le lien substantiel y est d'une plus forte intensité. La différence de sanction ne peut alors pas tenir au lien procédural puisque, précisément, elles en sont toutes les deux dotées. Ainsi, les variations de l'intensité du lien substantiel dans les institutions d'habitude permettent d'expliquer les différences de sanctions applicables. Pourtant, l'explication de certaines différences devait être recherchée ailleurs.

En second lieu, il est apparu que la sanction de l'habitude était influencée par le lien procédural unissant les comportements. Le droit pénal a en effet toujours sanctionné plus sévèrement l'auteur d'infractions séparées par une telle condamnation. Cette solution est fondée sur l'idée selon laquelle le récidiviste (et par extension le réitérant) serait généralement plus dangereux que l'auteur d'un concours réel parce qu'il aurait continué à commettre des infractions malgré l'avertissement solennel de la justice sur les conséquences juridiques d'une

telle rechute délivré lors de la première condamnation. Même si ce critère n'est pas parfait, il reste acceptable dans son principe. En revanche, il conduit parfois à des différenciations excessives entre les sanctions. Ainsi, à infractions égales et sous prétexte que l'un a reçu un avertissement et pas l'autre, le récidiviste et le réitérant sont sanctionnés beaucoup plus sévèrement que l'auteur d'un concours réel d'infractions.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

L'étude de l'habitude en droit pénal devait passer, en raison même de l'objet de cette branche du droit, par l'analyse de la répression de l'habitude pénale. En effet, il n'aurait servi à rien de dégager une notion d'habitude si ce n'est pour qu'elle soit réprimée de manière spécifique. Or, la notion d'habitude met en évidence deux aspects de l'habitude qui devaient nécessairement rejaillir sur sa répression. D'une part, l'habitude impliquant une répétition de comportements, cette condition de répétition a une influence sur son régime juridique. D'autre part, il a été démontré que les comportements sont traités ensemble par le droit pénal en raison du lien qui les unit. Par conséquent, si ce lien justifie que les comportements soient traités au sein d'un même ensemble, c'est pour faire produire à cet ensemble des effets spécifiques. Ainsi, ce lien a une influence sur la sanction de l'habitude.

En premier lieu, le régime juridique de l'habitude est influencé par la répétition de comportements. La répétition de comportements confère une structure particulière à l'habitude : elle est à la fois matériellement plurielle et juridiquement unitaire. En effet, la pluralité de comportements qui la forment retentit sur son régime. Ainsi, les conditions de la répression de l'habitude doivent s'appliquer isolément à chaque comportement et ne sauraient s'étendre à l'ensemble des comportements. Autrement dit, la vérification de l'absence d'obstacles à la répression doit se faire à l'égard des comportements isolés, qu'il s'agisse d'obstacles tenant au fond du droit (comme l'incrimination de la tentative, l'amnistie ou l'abrogation de la loi pénale) ou d'obstacles à caractère procédural (extinction de l'action publique, etc). En revanche, une fois que les conditions de la répression de l'habitude sont remplies, celle-ci peut être envisagée comme un tout. A partir de là, les modalités de sa répression sont définies au regard de l'ensemble et non au regard des comportements pris isolément, ceux-ci ayant été absorbés dans l'habitude. L'influence de l'unité juridique se perçoit alors tant sur les modalités de fond de la répression (adaptation des règles de participation et de localisation dans le temps et dans l'espace) que sur les modalités de procédure (adaptation des règles de poursuite et de compétence juridictionnelle).

Après avoir analysé à quelles conditions et comment l'habitude pouvait être réprimée, il fallait, en second lieu, préciser ses sanctions. En effet, tout l'intérêt de l'habitude est de disposer d'une sanction spécifique, distincte des sanctions applicables à chacun des comportements qui la composent. S'est alors posée la question de savoir selon quels critères cette sanction allait être déterminée. Il a semblé que si c'était le lien unissant les

comportements qui fondait l'appréhension globale des comportements répétés par le droit, il était logique d'en faire également le fondement de l'aggravation de la sanction de cet ensemble. Dès lors, la sanction de l'habitude devait être déterminée eu égard à ce lien. A la pluralité de liens correspond la combinaison des influences. Dans un premier temps, le lien substantiel de l'habitude a servi de critère à la détermination de ses sanctions car, en tant qu'élément qualifiant de toutes les habitudes pénales, il marque leur spécificité. Autrement dit, puisque le lien substantiel qui unit les comportements répétés est la raison pour laquelle le droit pénal les traite ensemble, les différences d'intensité de ce lien d'analogie et de ce lien temporel devaient nécessairement se retrouver sur la sanction de chaque habitude. C'est en comparant les sanctions des différentes institutions que l'on a pu mettre en évidence l'influence de ce lien. Par exemple, le lien d'analogie et le lien temporel permettent d'expliquer pourquoi le concours réel homogène est puni plus sévèrement que le concours hétérogène, ou encore pourquoi la récidive est punie plus sévèrement que la réitération. Mais si l'étude de l'influence du lien substantiel a permis de rationaliser la gradation des sanctions de l'habitude, elle ne permettait cependant pas d'expliquer toutes les différences dans la répression, car certaines d'entre elles reposent, non pas sur ce lien substantiel, mais sur le lien procédural. C'est pourquoi, dans un second temps, il fallait envisager l'influence de cette condition particulière de l'habitude sur les sanctions. L'exigence d'une condamnation liant les infractions est propre à la récidive et à la réitération dans la mesure où ni l'infraction d'habitude, ni le concours réel ne requièrent un tel lien. On a pu alors constater que ces habitudes comportant une condamnation (habitudes pénales judiciaires) étaient plus sévèrement punies que les autres (habitudes pénales non judiciaires). Cette solution repose sur l'idée selon laquelle celui qui a reçu l'avertissement solennel de la justice lors de la première condamnation mérite une sanction plus grave. Malgré les critiques qui peuvent être adressées à l'encontre de cette justification classique, le droit positif illustre cette influence de la condamnation. Si le principe même de l'influence de la condamnation sur la gravité de la sanction n'apparaît pas choquant, il a pu être montré que sa mise en œuvre entraîne parfois des différences excessives.

CONCLUSION GENERALE DE LA THESE

L'habitude pénale n'ayant jamais fait l'objet d'une étude d'ensemble, il nous revenait d'en proposer une théorie générale. A cette fin, il fallait élaborer une notion unitaire d'habitude susceptible de justifier une répression particulière. Il a alors semblé que seule une conception juridique objective permettait de satisfaire ces exigences. Définie comme un ensemble de comportements répétés unis par un lien juridique particulier, l'habitude pénale peut ainsi englober de manière rationnelle l'infraction d'habitude, la circonstance aggravante d'habitude, la récidive, la réitération ainsi que le concours réel d'infractions. Cette définition donne quelques indications sur la répression de cet ensemble de comportements, si bien qu'elle a permis d'en déduire une répression adaptée à son particularisme.

La première partie avait donc pour objet la notion d'habitude pénale. En partant de l'idée selon laquelle l'habitude est un ensemble de comportements répétés, il était nécessaire de préciser tous les éléments constitutifs de cet ensemble. L'habitude requiert d'une part des comportements répétés, et d'autre part un lien juridique unissant ces comportements. Si ces conditions sont toutes des éléments constitutifs, le lien unissant les comportements dispose d'un statut privilégié dans la mesure où, en ce qu'il renferme la spécificité de l'habitude pénale, il est élément qualifiant de l'habitude.

La première étape a donc consisté à identifier les comportements répétés, émanant nécessairement de la même personne. Il fallait alors déterminer successivement la nature de ces comportements puis leur nombre.

S'agissant d'abord de la nature des comportements répétés, il a semblé préférable de considérer que cette nature était indifférente à la définition de l'habitude. Cette idée est notamment justifiée par le fait qu'en tant qu'ensemble, l'habitude est plus un contenant qu'un contenu, de sorte que l'habitude ne requiert pas pour sa constitution, l'existence de comportements particuliers. Par conséquent, la définition de l'habitude s'applique aux comportements indépendamment de leur licéité et leur contenu. Ainsi, on a pu constater que l'habitude pénale était envisageable, que les comportements répétés qui la forment soit des actes licites ou des actes illicites, c'est-à-dire des infractions pénales. De même, l'habitude trouve à s'appliquer à des comportements extrêmement variés, qu'il s'agisse d'actes positifs, d'omissions, d'infractions consommées ou simplement tentées, d'infractions intentionnelles ou non-intentionnelles, etc. Si l'indifférence à la nature des comportements répétés a pour

avantage de faire rentrer dans le champ de l'habitude pénale les comportements les plus variés, elle ne permet en revanche pas de définir précisément l'habitude.

Par conséquent, il fallait ensuite préciser le nombre de comportements nécessaires à la constitution de l'habitude. En tant qu'ensemble de comportements répétés, l'habitude pénale doit comprendre au minimum deux comportements. La question du nombre minimum de comportements requis étant une question de politique criminelle, il ne nous revenait pas de déterminer arbitrairement un nombre mais de vérifier qu'un tel nombre était fixé en droit positif, lequel se contente d'une seule répétition, c'est-à-dire de deux comportements. Le Code pénal précise en effet que la récidive, la réitération et le concours réel d'infractions sont constitués dès lors qu'une personne accomplit deux infractions distinctes. S'agissant de l'infraction d'habitude et de la circonstance aggravante d'habitude (qu'il a semblé nécessaire de requalifier de concours homogène aggravant), c'est la jurisprudence qui a dû fixer le nombre d'actes requis en l'absence de précision légale. La chambre criminelle de la Cour de cassation a alors également considéré que deux actes suffisaient. Cette question du minimum de comportements étant réglée, il fallait s'interroger sur la possibilité pour cet ensemble de comprendre plus de deux comportements. Il a alors semblé opportun de considérer que l'habitude ne comportait pas de limite supérieure quant au nombre de ses éléments constitutifs car si elle existe dès le deuxième comportement, elle est d'autant mieux caractérisée lorsqu'il en existe davantage. La conclusion selon laquelle il est possible de commettre des comportements supplémentaires s'est alors imposée.

Les comportements répétés étant identifiés, la seconde étape dans la construction de la notion de l'habitude pénale avait alors pour objet de déterminer quels étaient les fondements de l'union de ces comportements au sein d'un ensemble unique, c'est-à-dire de préciser les conditions auxquelles ces comportements pouvaient former une habitude. En réalité, l'habitude se distingue des autres répétitions de comportements par le lien qui les unit. Le lien unissant les comportements est donc l'élément qualifiant de l'habitude pénale.

Parmi tous les liens juridiques envisageables, il a d'abord semblé l'habitude était fondée sur un lien de nature substantielle, c'est-à-dire un lien existant abstraitement sans être mis en œuvre au cours d'un procès pénal. Ce lien substantiel, qui constitue une condition générale de l'habitude pénale comprend en réalité deux aspects, l'un qualitatif, l'autre temporel. Premièrement, les comportements répétés ne mériteraient de former une habitude que s'ils sont unis par un lien qualitatif. D'une part, l'habitude est fondée sur l'analogie entre les comportements. Autrement dit, sans cette analogie, l'habitude ne serait qu'une répétition

de comportements ordinaires. Cette analogie prend deux formes différentes. Dans la plupart des cas, elle consiste en une identité de qualifications entre les comportements accomplis : il importe alors peu qu'ils soient matériellement différents dès lors qu'ils sont juridiquement identiques. Cette idée n'est cependant pas toujours respectée par le droit positif qui recourt parfois à une fiction juridique en assimilant certaines infractions alors qu'elles ne sont pas identiques, ou n'exige pas l'analogie pour la caractérisation de la réitération ou du concours réel. De même, à l'identité de qualifications est parfois substituée une identité dans la gravité de l'infraction, exception tout aussi critiquable que la précédente. D'autre part, la question s'est posée de savoir si l'existence d'un lien de causalité entre les comportements répétés pouvait justifier qu'ils soient appréhendés ensemble par le droit pénal. La conclusion inverse s'est cependant rapidement imposée. Envisagée de manière objective, la causalité entre les comportements, c'est-à-dire le fait que le second soit la conséquence matérielle du premier, exclut en effet l'habitude car, en appréhendant les différents comportements comme un tout indivisible, elle empêche de caractériser la répétition. Envisagée subjectivement, la causalité, c'est-à-dire l'existence d'une unité de dessein criminel entre les comportements, n'exclut pas l'habitude mais ne permet pas non plus de justifier une appréhension globale des comportements. En effet, la caractérisation de l'habitude est indifférente à l'existence d'une unité de dessein criminel dans l'esprit de l'auteur ; il est ainsi purement et simplement indifférent que l'auteur ait accompli les différents comportements en exécution d'un plan concerté. Deuxièmement, les comportements répétés ne devraient être assemblés pour former une habitude que s'il existe entre eux un lien temporel. Ce cadre temporel se définit à la fois par un délai minimum et un délai maximum entre les comportements. L'habitude n'est en effet envisageable que si les comportements répétés ne sont pas concomitants. Autrement dit, dès lors qu'ils ne font partie de la même action criminelle, peu importe que le délai qui les sépare soit très court. Ce délai ne doit cependant pas être trop long. Cette idée se vérifie en droit positif, excepté en matière de récidive perpétuelle : l'absence de condition de délai, fondée sur la gravité des infractions répétées pourrait cependant être modifiée au profit d'un long délai, comme vingt ou trente ans. Ainsi, l'habitude pénale est fondée à la fois sur l'analogie entre les comportements et sur le lien temporel entre ces comportements. Toutefois, à ce lien substantiel vient parfois s'ajouter un lien procédural consistant en l'existence d'une condamnation pénale entre les différentes infractions, justifiant le regroupement des infractions commises par la même personne au sein de l'habitude.

Il fallait donc, ensuite, analyser cette condition particulière, spécifique à la récidive et la réitération d'infractions, ce qui impliquait à la fois de définir la notion de condamnation

pénale et de déterminer les critères de prise en compte de cette condamnation dans la formation de ces habitudes pénales judiciaires. La notion de condamnation pénale a ainsi été définie comme une décision à caractère juridictionnel comportant à la fois une déclaration de culpabilité et une peine, ce qui exclut notamment les déclarations de culpabilités assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement du prononcé de la peine. Parmi ces différentes condamnations, seules certaines d'entre elles méritent alors d'être prises en compte pour former une habitude. La condamnation doit être irrévocable au sens où elle ne doit pas pouvoir être remise en cause par une décision ultérieure, ce qui implique qu'elle soit insusceptible de recours. Elle doit en outre ne pas avoir été effacée. Par conséquent, tandis que la condamnation amnistiée empêche la caractérisation de la récidive ou de la réitération, la condamnation graciée, réhabilitée ou non avenue sont prises en compte. Par ailleurs, s'il était initialement prévu que seules les condamnations prononcées par des juridictions françaises pouvaient constituer la récidive ou la réitération, il est possible depuis 2005 de prendre en compte des condamnations prononcées par des juridictions d'Etats membres de l'Union Européenne. Si elle remplit tous ces critères, la condamnation liant la première et la seconde infraction permet de mettre en évidence une criminalité particulière de l'auteur justifiant que les infractions soient traitées ensemble de manière spécifique.

Une notion unitaire de l'habitude pénale a ainsi pu être proposée : il s'agit d'une entité juridique composée d'une pluralité de comportements accomplis par le même auteur et unis par un lien d'analogie et un lien temporel.

Dans une seconde partie, il fallait donc tirer les conséquences de cette affirmation pour proposer une répression cohérente et adaptée à la criminalité particulière résultant de l'habitude. L'étude de la répression s'est alors naturellement divisée entre le régime juridique de l'habitude pénale et sa sanction.

La détermination de la répression de l'habitude pénale passait donc, dans un premier temps, par l'étude de son régime juridique. Immédiatement, la structure particulière de l'habitude pénale, à la fois matériellement plurale et juridiquement unitaire, semblait poser problème. Fallait-il faire prévaloir l'existence de plusieurs comportements sur les règles de répression de l'habitude ou, au contraire, envisager l'habitude comme un tout indivisible doté d'un régime juridique autonome indépendant des comportements qui le composent ? Ces deux propositions, *a priori* incompatibles, ont toutefois pu être conciliées car elles procèdent de deux étapes différentes dans le raisonnement.

S'agissant d'abord du principe même de la répression de l'habitude, il était nécessaire d'envisager les règles applicables au regard de chaque comportement pris isolément car la répression de l'ensemble est nécessairement pour partie déterminée par la répression de ses éléments constitutifs. La répression de l'habitude est en effet subordonnée à l'absence d'obstacle de fond ou de procédure à cette répression. Plusieurs obstacles de fond étaient susceptibles d'empêcher la répression de l'habitude, comme l'absence d'incrimination de la tentative, l'abrogation de la loi pénale ou encore l'amnistie. De même des obstacles procéduraux tels que la prescription de l'action publique ou la chose jugée peuvent venir perturber la répression de l'habitude en affectant l'un des comportements qui la composent. Les incidences de ces obstacles sur la répression de l'habitude dépendent alors du nombre de comportements qui la composent. Si elle ne comprend que deux comportements, l'impossibilité de réprimer l'un d'entre eux emporte nécessairement impossibilité de réprimer l'ensemble car, en pareil cas, l'habitude perd son caractère répréhensible. En revanche, si elle est composée de trois comportements ou plus et que seul l'un d'entre eux est atteint par un obstacle à la répression, les conséquences sont plus limitées : le comportement concerné ne peut plus faire partie de l'habitude mais cette dernière peut tout de même être réprimée. Le régime juridique de l'habitude pénale est donc dépendant du régime juridique de chacun des actes la composant. Une fois les conditions de répression de l'habitude remplies, il est ensuite possible de l'envisager comme un tout indivisible.

Les modalités de répression de l'habitude doivent en effet être déterminées au regard de l'ensemble des comportements et non s'appliquer isolément à chacun d'eux. L'habitude étant une entité juridique autonome distincte des comportements qui la forment, les modalités de sa répression doivent également être autonomes, qu'il s'agisse de modalités de fond ou de modalités procédurales. Premièrement, la précision des modalités de fond de répression de l'habitude devait passer par l'étude des règles de participation à l'habitude et des règles de localisation de l'habitude. En ce qui concerne la participation à l'habitude, il était nécessaire de déterminer dans quelle mesure ces règles de participation étaient influencées par l'unité juridique de l'habitude. Il fallait ainsi se demander si la participation à un seul des comportements constitutifs de l'habitude pénale pouvait être réprimée ou si, au contraire, il fallait accomplir plusieurs actes comme cela est requis pour l'auteur principal. En matière de coaction par exemple, le coauteur ne peut être puni en tant que tel que s'il a lui-même accompli une habitude, et la jurisprudence semble refuser que les coauteurs se communiquent les circonstances aggravantes, si bien que l'état de récidive de l'un d'entre eux ne doit en principe pas rejaillir sur les autres. En matière de complicité, si le complice s'est associé à

chacun des éléments constitutifs de l'habitude, il pourra être puni. En revanche, la question s'est posée de savoir si l'on pouvait admettre que le fait de s'associer à un seul de ces comportements suffit à caractériser la complicité. L'unité juridique de l'habitude impose de considérer que le fait de s'associer à un seul des actes emporte la participation à l'ensemble indivisible. Toutefois, parce que cette solution aboutirait à sanctionner plus sévèrement le complice que l'auteur principal, il faut conditionner cette suffisance d'un seul acte en exigeant que le complice ait conscience de s'associer à une habitude, ce qui suppose que sa complicité intervienne après le premier acte de l'auteur principal. L'unité juridique de l'habitude pénale a également une influence sur la sanction de délinquants n'ayant pas participé à la réalisation de l'habitude lorsque la loi crée des liens de dépendance entre plusieurs infractions et que l'une d'entre elles fait partie de l'habitude, comme pour le cas des infractions de recel, blanchiment et traite des êtres humains. En effet, ces infractions sont punies des peines attachées aux crimes ou aux délits dont son auteur a eu connaissance et, si ce crime ou délit est accompagné de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances aggravantes dont il a eu connaissance. Par conséquent, l'unité juridique de l'habitude permet de communiquer l'aggravation de peine résultant de la récidive à une personne qui n'a pas participé à l'une des infractions composant la récidive mais seulement à une infraction dépendante. Par ailleurs, les règles de localisation de l'habitude dans le temps et dans l'espace doivent également s'appliquer globalement à l'habitude et non individuellement aux comportements répétés. On a ainsi pu démontrer que l'habitude pouvait se localiser dans le temps au jour du dernier acte qui la compose : il suffit qu'un de ces actes ait eu lieu après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle pour que l'ensemble puisse être régi par cette loi. De même, l'habitude peut être entièrement localisée en un seul lieu dès lors que l'un de ses éléments constitutifs s'y est déroulé. La localisation de l'ensemble dépend donc de la localisation d'un seul des actes, ce qui montre bien que l'habitude pénale est un ensemble indivisible. Deuxièmement, l'analyse de l'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités procédurales de sa répression devait passer par l'examen des règles de poursuite de l'habitude puis celle de la compétence juridictionnelle en matière d'habitude. Les règles de poursuites de l'habitude pénale sont également déterminées au regard de l'ensemble : le ministère public qui poursuit un des comportements doit en effet pouvoir poursuivre également ceux qui font partie du même ensemble juridique. Cette logique se retrouve également à propos de la compétence juridictionnelle : qu'il s'agisse de la compétence territoriale ou de la compétence matérielle, le juge pénal saisi de l'un des comportements constitutifs de l'habitude doit pouvoir étendre sa compétence à l'ensemble des comportements. Ainsi, l'unité juridique de l'habitude qui en fait

un ensemble indivisible impose d'envisager les modalités de la répression de manière globale à l'égard de cet ensemble et non individuellement à l'égard des différents comportements.

Le régime juridique de l'habitude pénale dépend ainsi à la fois de la pluralité matérielle de comportements en ce qui concerne les conditions de la répression, et de l'unité juridique de l'habitude en ce qui concerne les modalités de sa répression. L'habitude est donc une entité juridique autonome dotée d'un régime spécifique.

Pour achever l'étude de la répression de l'habitude pénale, il fallait, dans un second temps, mettre en évidence la spécificité de sa sanction. A partir de l'idée selon laquelle le lien juridique unissant les comportements est l'élément qualifiant de l'habitude, c'est-à-dire l'élément qui lui confère toute sa spécificité, il est logique de déduire que ces liens doivent avoir une influence sur la sanction de l'habitude. Ce sont en effet ces liens qui justifient que les comportements répétés soient traités ensemble au sein d'une nouvelle entité. La dualité de ces liens s'est donc répercutée sur la sanction.

La sanction de l'habitude est d'abord influencée par le lien substantiel unissant les comportements. Pour mesurer l'incidence de ce lien sur la sanction de l'habitude, il était nécessaire de comparer les sanctions des différentes institutions d'habitude en présence. Pour pouvoir tirer des conclusions exploitables, encore fallait-il comparer des institutions comparables, c'est-à-dire des institutions dans lesquelles seule l'intensité du lien substantiel varie. Par conséquent, la sanction des institutions comportant un lien de condamnation, c'est-à-dire les habitudes pénales judiciaires, et celle des institutions dépourvues d'un tel lien, c'est-à-dire les habitudes pénales non judiciaires, ont été traitées séparément. S'agissant tout d'abord de la sanction des habitudes pénales non judiciaires, on a pu démontrer que la sanction de l'infraction d'habitude était influencée par la répétition du même comportement. En effet, tandis que les actes sont isolément licites, leur répétition, c'est-à-dire l'accomplissement par la même personne d'au moins un acte identique dans un certain délai, justifiait la formation d'une infraction susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur. De même, le lien substantiel rejaillit également sur la sanction du concours réel. Le concours réel général est gouverné par le principe de non-cumul des peines, ce qui signifie que les peines des infractions en concours ne se cumulent pas mais que le délinquant encourt une seule peine plafonnée au montant de la peine la plus grave des deux infractions. En revanche, lorsqu'un concours réel spécial est formé par la répétition de deux infractions identiques (ce qui est communément appelé circonstance aggravante d'habitude), c'est le cumul juridique des peines qui s'applique : les peines ne se cumulent alors pas purement et

simplement mais la peine encourue pour l'ensemble des infractions est une peine aggravée. L'analogie entre les infractions en concours a donc pour effet d'aggraver la peine encourue par l'auteur, ce qui met en évidence l'influence de ce lien sur la sanction des habitudes pénales. S'agissant ensuite des habitudes pénales judiciaires, la comparaison des sanctions de la récidive et de la réitération a également permis de montrer l'incidence du lien substantiel. En effet, si ces deux institutions d'habitude partagent l'exigence d'une intervention de la justice, d'une condamnation pénale entre la première et la deuxième infraction, elles diffèrent en ce que la récidive requiert dans la majorité des cas un lien d'analogie et un lien temporel entre les infractions répétés, contrairement à la réitération. Or, la récidive est sanctionnée beaucoup plus sévèrement que la réitération. En effet, le maximum de la peine encourue est plus élevé en cas de récidive, et les pouvoirs du juge dans l'individualisation de la peine sont moins importants, notamment en raison de l'existence de peines planchers. La différence entre ces deux institutions tenant au lien substantiel, il faut en déduire que c'est l'intensité de ce lien substantiel qui détermine la sanction de l'habitude pénale.

La sanction de l'habitude est ensuite influencée par la condition particulière propre aux habitudes pénales judiciaires, à savoir l'existence d'une condamnation pénale. Même si ce lien procédural ne se retrouve que dans la récidive et la réitération, il est intéressant de remarquer que la sanction de ces deux institutions est plus sévère que celle des habitudes pénales non judiciaires. Le fait que le récidiviste et le réitérant soient sanctionnés plus sévèrement que l'auteur d'un concours réel est traditionnellement justifié par l'idée selon laquelle les premiers ont persévéré dans le chemin du crime malgré l'avertissement solennel de la justice reçu lors de la première condamnation. L'étude de cette justification a cependant fait apparaître certaines incohérences quant au critère retenu. Il est en effet des cas dans lesquels la personne sera en état de récidive ou de réitération sans avoir reçu cet avertissement, et d'autres dans lesquels elle l'aura reçu mais sera juridiquement en état de concours réel. Au-delà des critiques encourues par ce critère de l'avertissement solennel de la justice, il semble que ce sont surtout les manifestations de l'influence de l'existence d'une condamnation sur la sanction de l'habitude qui sont discutables. En effet, à infractions égales, l'auteur d'un concours réel encourt une peine deux à trois fois moins grave que le récidiviste. Si l'idée selon laquelle le récidiviste et le réitérant méritent une sanction plus sévère que l'auteur du concours réel peut être admise, les applications concrètes de cette idée aboutissent parfois à des différences de situations démesurées.

Finalement, à la recherche d'une conception de l'habitude pénale permettant de rationaliser ses conditions d'existence et d'en déduire une répression adaptée à la criminalité particulière de son auteur, nous avons opté pour une conception juridique et objective, presque mathématique, dans laquelle l'habitude est conçue comme un ensemble. N'étant alors qu'une illustration de la théorie des ensembles parmi d'autres, la thèse pourrait manquer d'originalité. Une telle conception de l'habitude en droit pénal a cependant permis de trouver l'essence de l'habitude : l'analogie entre les comportements répétés. Si l'existence de plusieurs comportements répétés est bien sûr indispensable, l'analogie est incontestablement l'aspect le plus important et le plus singulier de l'habitude pénale. Cette notion d'analogie mériterait sans doute de faire l'objet d'une étude à part entière. En effet, cette notion, qui devrait en droit pénal correspondre à une identité de qualifications, est difficile à cerner et la doctrine ne semble pas en donner une définition précise. En outre, en droit positif, cette analogie est de plus en plus malmenée par le législateur qui l'étend de manière excessive, notamment en matière de récidive. Il serait donc de bonne augure de définir cette notion de manière satisfaisante afin d'éviter que l'habitude pénale ne soit qu'un instrument répressif trop aisément malléable, perdant sa spécificité conceptuelle et, par conséquent, sa rationalité juridique.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, manuels et ouvrages généraux

A. Théorie générale du droit, philosophie, sociologie, criminologie

- BATTIFOL H.**, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979
- BECCARIA C.**, *Traité des délits et des peines*, (nouvelle traduction française avec introduction de M. Ancel et G. Stéfani), Cujas, 1966
- BOUZAT P. et PINATEL J.**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 3, *Criminologie*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1975
- CARBASSE J.-M.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^{ème} éd., 2006
- CARBONNIER J.**, *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd., 2004
- CUVILLIER A.**, *Nouveau traité de philosophie*, t. 2, A. Colin, 1967, p. 93
- DELMAS-MARTY M.**, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994
- FERRI E.**, *La sociologie criminelle*, 1893, Alcan, 2^{ème} éd. 1914
- FILIZZOLA G. et LOPEZ G.**, *Victimes et victimologie*, Que sais-je ? n°3040, PUF, 1995
- GAROFALO R.**, *La criminologie, Etude sur la nature de crime et la théorie de la pénalité*, éd. Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1890
- GASSIN R.**, *Criminologie*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2007
- GENY F.**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919
- GRAPIN P.**, *L'anthropologie criminelle*, Que sais-je ? n°1498, PUF, 1973
- KANT E.**, *Traité de pédagogie*, 1803, (trad. J. Barni)
- LOMBROSO C.**, *L'homme criminel*, trad. de la 4^{ème} éd. ital., Paris, éd. Félix Alcan, 1887
- MAINE DE BIRAN P.**, *Influence de l'habitude sur la faculté de penser*, 1799, réimpression PUF, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1954
- MIRABEAU**, *Conseils à un jeune prince qui sent la nécessité de refaire son éducation*, Lettre remise à Frédéric-Guillaume II, roi régnant de Prusse, le jour de son avènement au trône, Berlin, 1787
- DE MONTAIGNE M.**, *Essais*, éd. Pocket coll. classiques (sous la dir. de M.-M. Fragonard), 2009
- PINATEL J. et alii**, *Le problème de l'état dangereux*, Deuxième cours international de criminologie, 1953
- PRINS A.**, *Science pénale et droit positif*, Bruylant, 1899
- RAVAISSON F.**, *De l'habitude*, Paris, Impr. de H. Fournier, 1838, réimpression PUF, 1999
- RIPERT G.**, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, rééd. 1994
- ROLAND H. et BOYER L.**, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999
- DI TULLIO B.**, *Principes de criminologie clinique*, PUF, 1967

VERGELY B., *Dictionnaire de la philosophie*, Milan, 2004

B. Droit pénal et procédure pénale

BERNARDINI R., *Droit pénal général*, Gualino, 2003

BLANCHE A., *Etudes pratiques sur le Code pénal*, Marchal et Billard, 2^{ème} éd., 1888

BOULOC B.

- *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011
- *Procédure pénale*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2010

BOULOC B. et MATSOPOULOU H., *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, 17^{ème} éd., 2009

BOUZAT P. et PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *Droit pénal général*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970

CARNOT M., *Commentaire sur le Code pénal*, Paris, Warée, 1923, 2^{ème} éd., t. 1

CHAUVEAU A et HELIE F., *Théorie du Code pénal*, éd. Marchal et Billard, 6 tomes, 6^{ème} éd. mise à jour par E. Villey, 1887

CONTE P., *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd., 2007

CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P.

- *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd., 2004
- *Procédure pénale*, A. Colin, 4^{ème} éd., 2002

DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971

DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2009

DESPORTES F. et LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, Economica coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009

DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^{ème} éd., 1947

DREYER E.

- *Droit pénal général*, Litec, 2010
- *Droit pénal spécial*, Collection Cours Magistral, Ellipses, 2008

DAURY-FAUVEAU M., *Droit pénal spécial, Livres 2 et 3 du code pénal : infractions contre les personnes et les biens*, PUF, coll. essais, 2010

FRANCILLON J., *Code pénal annoté*, Dalloz, 1996

GARÇON E., *Code pénal annoté*, Sirey, 1^{ère} éd., 1906

GARÇON E. et PELTIER V., *Droit de la peine*, Litec, 2010

GARRAUD R.

- *Précis de droit criminel*, Sirey, 11^{ème} éd., 1912
- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 2, Sirey, 1909
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd., 1913
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 2, Sirey, 3^{ème} éd., 1914
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3, Sirey, 3^{ème} éd., 1916
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 5, Sirey, 3^{ème} éd., 1924

- GUINCHARD S. et BUISSON J.**, *Procédure pénale*, Litec, 6^{ème} éd., 2010
- HAUS J. J.**, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, 1869
- HELIE F.**
- *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, t. 1, Librairies techniques, 6^{ème} éd. mise à jour par F. et J. Brouchet, 1954
 - *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, t. 2, Librairies techniques, 5^{ème} éd. mise à jour par J. Brouchet, 1948
 - *Traité de l'instruction criminelle*, t. 2, Plon, 2^{ème} éd., 1866
 - *Traité de l'instruction criminelle*, t. 3, Plon, 2^{ème} éd., 1866
 - *Traité de l'instruction criminelle*, t. 4, C. Hingray, 1851
- HENNAU C. et VERHAEGEN J.**, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd. Bruylant, 2003
- HERON J.**, *Principes de droit transitoire*, Dalloz, 1996
- HERZOG-EVANS M. et ROUSSEL G.**, *Droit pénal général*, Vuibert, coll. Dyna'sup Droit, 3^{ème} éd., 2011
- HUET A. et KOERING-JOULIN R.**, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2005
- LARGUIER J. et CONTE P.**, *Droit pénal des affaires*, A. Colin, 11^{ème} éd., 2004
- LEAUTE J.**, *Criminologie et science pénitentiaire*, PUF, 1972
- LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R.**, *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd., 2010
- LEVASSEUR G., CHAVANNE A., MONTREUIL J. et BOULOC B.**, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 12^{ème} éd., 1996
- LOMBOIS C.**, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979
- MALABAT V.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2011
- MANGIN M.**, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, t. 2, éd. Larose, 3^{ème} éd., 1876
- MAYAUD Y.**, *Droit pénal général*, PUF coll. droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010
- MERLE R. et VITU A.**
- *Traité de droit criminel – Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997
 - *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, Cujas, 1^{ère} éd., 1982
 - *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001
- MOLINIER V.**, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Rousseau, 1893
- NORMAND A.**, *Traité élémentaire de droit criminel*, Cotillon, 1896
- OLLARD R. et ROUSSEAU F.**, *Droit pénal spécial*, Bréal, coll. grand amphi droit, 2011
- ORTOLAN J.**, *Eléments de droit pénal*, éd. Plon, 3^{ème} éd., 1863
- PIN X.**, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, Série droit privé, 4^{ème} éd., 2010
- PRADEL J.**
- *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^{ème} éd, 2008
 - *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010
 - *Procédure pénale*, Cujas, 16^{ème} éd., 2011
- PRADEL J. et DANTI-JUAN M.**, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} éd., 2010

PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009

PUECH M.

- *Droit pénal général*, Litec, 1988
- *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976

RASSAT M.-L.

- *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^{ème} éd., 2006
- *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011
- *Procédure pénale*, Ellipses, 2010

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 6^{ème} éd., 2005

ROBERT J.-H. et MATSOPOULOU H., *Droit pénal des affaires*, PUF, 2004

ROUJOU DE BOUBEE G., BOULOC B., FRANCILLON J. et MAYAUD Y., *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996

ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^{ème} éd., 1927

SOYER J., *Droit pénal général et procédure pénale*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2008

TREBUTIEN E., *Cours élémentaire de droit criminel*, éd. A. Durand, 1854

VANDERMEERSCH D., *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, éd. La Charte, 2^{ème} éd., 2006

VERON M., *Droit pénal spécial*, Sirey, 13^{ème} éd., 2010

VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, éd. A. Rousseau, 6^{ème} éd., 1921

VILLEY E., *Précis d'un cours de droit criminel*, éd. L. Larose et L. Tenin, 6^{ème} éd., 1906

VOUIN R.

- *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949
- *Précis de droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1953

VOUIN R. et LEAUTE J.

- *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956
- *Droit pénal et procédure pénale*, PUF, Thémis, 3^{ème} éd., 1969

C. Droit privé

CARBONNIER J., *Droit civil*, PUF Quadrige, 2004

DONDERO B., *Lamy Droit pénal des affaires*, Lamy, 2004

GAVALDA C. et STOUFFLET J., *Droit bancaire*, Litec, 7^{ème} éd., 2008

HERON J. et LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010

MALINVAUD P. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010

PELISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A. et AUZERO G., *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008

RIVERO J. et SAVATIER J., *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit privé, 13^{ème} éd., 1993

II. Monographies, thèses et ouvrages spécialisés

- ACQUARONE D.**, *La coutume, Réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, Thèse Nice, 1987
- ALLIX D.**, *Essai sur la coaction. Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 20, 1976
- BECHERAOUI D.**, *Le concours réel d'infractions*, Thèse Strasbourg, 1991
- BELIVEAU P. et PRADEL J.**, *La justice pénale dans les droits canadien et français*, Bruylant, 2007
- BENAC C.**, *Des délinquants d'habitude, dits incorrigibles, et des mesures à prendre à leur égard*, Thèse Toulouse, 1904
- BENEJAT M.**, *La responsabilité pénale professionnelle*, Thèse Bordeaux IV, 2010, n°4, à paraître aux éditions Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses
- BESSIERE G.**, *La loi pénale et les délinquants d'habitude*, Thèse Paris 1899
- BOTTON A.**, *Contribution à l'étude de l'autorité de chose jugée du pénal sur le civil*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 49, 2010
- BRIEGEL F. ET PORRET M.**, *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XX^e siècle*, Droz, 2006
- CAPDEPON Y.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Thèse Bordeaux IV, 2011
- CHILSTEIN D.**, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 24, 2003
- COCHE A.**, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français*, PUAM, 2005
- COLONNA D'ISTRIA H.**, *La notion de justification en droit pénal*, Thèse Nice, 1997
- CONTE P.**, *L'apparence en matière pénale*, Thèse Grenoble, 1984
- COVIAUX J.-C.**, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, Thèse Paris II, 1973
- DALLOZ M.**, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, Thèse Nice, 2001
- DARSONVILLE A.**, *Les situations de dépendance entre infractions. Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris II, 2006
- DASKALAKIS E.**, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, Thèse Paris, 1969
- DECIMA O.**, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 74, 2008
- DEJEAN DE LA BATIE N.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965
- DELESTREE P.**, *Cumul et non-cumul des infractions, confusion et réduction des peines*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1960
- DEUMIER P.**, *Le droit spontané*, Economica, 2002
- GHASSEMI A.**, *Le concours réel d'infractions en droit français contemporain*, Thèse Paris, 1962

Bibliographie

- GONZALVEZ F.**, *Etude critique du régime du concours réel d'infractions*, PUAM, 2000
- GOUERY A.**, *De la prescription de l'action publique et de l'action civile*, Thèse Rennes, 1905
- GROUBER A.**, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, Thèse Paris, 1915
- HARDOUIN-LE GOFF C.**, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 44, 2008
- DE JACOBET DE NOMBEL C.**, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 55, 2006
- DE LABROUHE DE LABORDERIE F.**, *Du cumul des délits en droit français*, Thèse Bordeaux, 1907
- LACAZE M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. des thèses (fondation Varenne), vol. 39, 2010
- LEBRUN A.**, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Thèse Caen, 1932
- LELIEUR-FISCHER J.**, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Thèse Paris I, 2005
- MALABAT V.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 1999
- MARGAINE C.**, *La capacité pénale*, Thèse Bordeaux IV, 2011
- MEYNADIER F.**, *Le harcèlement professionnel*, Thèse Montpellier I, 2007
- MOLFESSIS N.**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997
- DE MONREDON E.**, *La corrida par le droit*, Nîmes, éd. UBTF, 2001
- DE MONTVALON G.-B.**, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, Paris, L. Larose, 1897
- MORET-DANAN M.**, *La règle non bis in idem en droit pénal français*, Thèse Rennes, 1971
- NAJARIAN K.**, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 14, 1973
- NOTTE G.**, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse Paris I, 1978
- NZE NDONG DIT MBELE J.-R.**, *Le dirigeant de fait en droit privé français*, Thèse Nancy 2, 2008
- LOUDIN A.**, *Du concours de faits punissables. Du cumul ou du non-cumul des peines*, Thèse Rennes, 1876
- PANSIER F.-J.**, *La peine et le droit*, Que sais-je ? PUF, 1994
- PERREAU B.**, *De la qualification en matière criminelle*, Thèse Paris, 1926
- PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, vol. 36, 2002
- RAYMOND M.-A.**, *Les infractions de résultat*, Thèse Bordeaux IV, 2010
- ROUSSEAU F.**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009
- SAAS C.**, *L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 39, 2004
- SAENKO L.**, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008

- THELLIER DE PONCHEVILLE B.**, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010
- TSARPALAS A.**, *Le moment et la durée des infractions pénales*, LGDJ, Bibliothèque de Sciences criminelles, t. 7, 1967
- VARINARD A.**, *La prescription de l'action publique*, Thèse Lyon, 1973
- VITU A.**, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, Thèse, Nancy, 1945
- VON JHERING R.**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd., Paris, Marescq, t. IV, 1888
- WAGNER M.**, *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 50, 2011
- WICKER G.**, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1996

III. Encyclopédies

A. Juris-Classeur

- ANGEVIN H.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 221-1 à 221-5-3, fasc. 20 : atteintes involontaires à la vie, 2007
- CARON D.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-58 à 132-70-1, fasc. 20 : dispense de peine et ajournement, 2010
- CHALLE B.**, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 7 à 9, fasc. 20 : action publique, prescription, 2011
- CULIOLI M.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 324-1 à 324-9, fasc. 20 : infraction générale de blanchiment, conditions et constitution, 2005
- DUVERT C.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 222-33-2 fasc. 20 : harcèlement moral, 2003
- LEBLOIS-HAPPE J.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-17 à 132-22, fasc. 20 : prononcé des peines, 2008
- LESEC Y.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 113-1 à 113-12, fasc. 10 : application de la loi pénale dans l'espace, infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, 1998
- MARECHAL J.-Y.**, *J.-Cl. Pénal*, art. 131-37 à 131-49, fasc. 10 : peines applicables aux personnes morales, peines criminelles et correctionnelles, 2010
- MARON A.**, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 381 à 392-1, fas. 15 : tribunal correctionnel, compétence et saisine, 2011
- RASSAT M.-L.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-5 à 225-12, fasc. 20 : proxénétisme et infractions qui en résultent, 2009
- SALVAGE P.**
- *J.-Cl. Pénal Code*, art. 121-6 et 121-7, fasc. 20 : complicité, 2005
 - *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20 : concours d'infractions, concours idéal de qualifications, 2010
 - *J.-Cl. Pénal Code*, art. 132-1 à 132-7, fasc. 30 : concours d'infractions, concours réel d'infractions, 2010
- SORDINO M.-C.**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-12-5 à 225-12-7, fasc. 20 : exploitation de la mendicité, 2010
- THOMAS D.**, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-8 à 132-16-7, fasc. 20 : récidive et réitération, 2008
- TRACOL X.**
- *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693, fasc. 20 : compétence des juridictions nationales françaises, 2008,

- *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693, fasc. 40 : infractions commises à l'étranger, effets des décisions pénales étrangères en France, 2009

VALAT J.-P., *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 49 à 52-1, fasc. 20 : juge d'instruction, 2009

WESTER-OUISSÉ V., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, v° Travail, fasc. 60 : infractions contre le salarié, 2009

B. Répertoire Dalloz

ADAM P.

- *Rép. Trav. Dalloz*, v° Harcèlement moral, 2011
- *Rép. Trav. Dalloz*, v° Harcèlement sexuel, 2011

BEAU P., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Evasion, 2008

BEZIZ-AYACHE A., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Pollution et nuisances, 2007

BONFILS P., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Concours d'infractions, 2010

BUFFELAN-LANORE Y., *Rép. Civ. Dalloz*, v° Domicile et demeure, 2010

CARIO R., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Victimes d'infraction, 2011

CASILE-HUGUES G., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Appels téléphoniques malveillants et agressions sonores, 2010

CERE J.-P., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Peine (nature et prononcé), 2011

CERF-HOLLANDER A., *Rép. trav. Dalloz*, v° Droit pénal du travail, 2010

COURTIN C., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prescription pénale, 2011

DALLOZ M., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, 2011

DARSONVILLE A., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Viol, 2011

DUCOING J.-F., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Chemins de fer, 2005

FOURNIER A. et BRACH-TIEL D., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Compétence internationale, 2011

GOUTTENOIRE A., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Abandon de famille, 2011

HERZOG-EVANS M.

- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Récidive, 2011
- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Confusion de peines, 2009

LASSALLE J.-Y., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Provocation, 2011

MISTRETTA P., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Harcèlement, 2010

MOLINS F.

- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Action publique, 2011
- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 2011

PORTERON C., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infraction, 2010

REBUT D., *Rép. Pén. Dalloz*, v° Tentative, 2009

SAVATIER J., *Rép. Trav. Dalloz*, v° Droit disciplinaire, 2011

SCHÜTZ R.-N., *Rép. Imm. Dalloz*, v° Crédit-bail, 2011

IV. Lexiques et dictionnaires

Dictionnaire de l'Académie Française, t. 2, Fayard, 9^{ème} éd., 2005

Dictionnaire de sciences criminelles, sous la direction de G. LOPEZ et S. TZITZIS, Dalloz, 2004

Lexique des termes juridiques, sous la direction de S. GUINCHARD et T. DEBARD, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011

Vocabulaire juridique, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF Quadrige, 2011

V. Articles de doctrine, chroniques, et notes de jurisprudence

ANCEL M.

- « Le récidivisme en droit pénal », *RIDP* 1955, p. 9
- « La césure du procès pénal, in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à Louis Huguenev*, Sirey, 1964, p. 205
- « Dangerosité et traitement : le point de vue de la défense sociale », *Annales Internationales de criminologie*, 1983, p. 131

BARON E., CLAVERIE C., et RAYMOND M.-A., « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 17

BATIFFOL H., « Conflits de lois dans l'espace et conflits de loi dans le temps », *Etudes offertes à G. Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, LGDJ 1950, t. 1, p. 292

BECHERAOUI D., « Le contentieux de la confusion des peines », *RSC* 2002, p. 531

BEKAERT H., « Les principes de la récidive dans le droit pénal classique », *RDPC* 1939, p. 147

BELEZZA DOS SANTOS J., « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC* 1954, p. 687

BEYNEIX I. et ROVINSKI J., « L'ordonnance de validation de la composition pénale n'a pas autorité de chose jugée au pénal sur le civil », note sous Cass. soc. 13 janv. 2009, *D.* 2009, p. 709

BLANC D., « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ pénal* 2007, p. 352

BONFILS P.

- « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ pénal* 2007, p. 363
- « La loi LOPPSI 2 et le droit pénal des mineurs », *D.* 2011, p. 1162
- « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loi n°2011-267 du 14 mars 2011) », *RSC* 2011, p. 440

BOSCO D., « Ombres et lumières du traitement de la récidive par le droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDLC* 2010, n°4, p. 13,

BOULOC B., « Le récidivisme », Rapport de synthèse présenté au XXI^{ème} Congrès français de criminologie, *RSC* 1982, p. 199

BOUZAT P., « La lutte contre le récidivisme en France », *RSC* 1966, p. 851

BRUNISSO T., « Dangerosité et récidive. La loi du 12 décembre 2005 : débats et perspectives », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 47

CAMOUS E., « Un droit de la récidive en quête de cohérence », *Dr. pén.* 2009, étude 3

CARBONNIER J.,

- « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952, I, 1034
- « La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 118

CARON D. et MENOTTI S., Chronique de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, *D.* 2008, p. 1722

CARTIER M.-E., « La prévention de la récidive des criminels », in *Problèmes actuels de Science criminelle* n°IX, 1996, p. 7

CHAVANNE A., « Les circonstances aggravantes en droit français », *RIDP* 1965, p. 527

CLAUDEL E., « La réitération en droit de la concurrence : un régime juridique *sui generis* bien sévère », note sous Cons. conc. 15 oct. 2007, *RTD com.* 2008, p. 63

COCHE A., « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011, p. 21

COLIN F., « La récidive administrative », *AJDA* 2009, p. 2148.

CONTE P.

- « Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons, à propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP G* 2002, I, 320
- « Loppsi II ou la sécurité à la petite semaine », *JCP G* 2011, p. 1047

COUVRAT P.

- « Le récidivisme : ses diverses dimensions », Rapport introductif, Travaux du XXI^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie, *RSC* 1983, p. 18
- « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *RSC* 1993, p. 469

DARSONVILLE A., « La réitération ou de la consécration légale d'une notion hybride », *D.* 2006, p. 2116

DEBUYST C.,

- « Notes sur la notion d'état dangereux », *Revue internationale de défense sociale* 1955, p. 47
- « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité », *Déviance et société* 1977, p. 3636
- « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, 1984, n°2, p. 8

DECOCQ A., obs. sous Cass. crim. 29 oct. 1966 et 25 mai 1967, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 741 et 1968, p. 476

DEKEUWER A., « La classification des concours de qualifications », *RSC* 1974, p. 511

DESPREZ F., « Violences volontaires : des peines minimales pour les primo-délinquants, à propose de l'article 37 de la loi LOPPSI II », *Gaz. Pal.* 31 mars 2011, p. 5.

DETRAZ S., « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41

DEVEZE J., « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *RSC* 1981, p. 777

DJORDJEVIC E., « Infraordinaire – l'habitude constitutive », article consultable sur <http://www.implications-philosophiques.org/philosophie-politique/infraordinaire-%E2%80%93%E2%80%99habitude-constitutive/>

DOLL P.-J., « De la tradition locale ininterrompue en matière de courses de taureaux », *JCP G* 1969, I, 2251

DONNEDIEU DE VABRES H., « La répression de la hausse illicite des prix : une nouvelle définition de la récidive », *RSC* 1941, p. 323

DOUCET J.-P., « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726

DOZOIS J., LALONDE M. et POUPART J., « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviance et Société* 1981, vol. 5, n°4, p. 387

DREYER E.

- « Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ? », note sous Cass. crim. 7 sept. 2005, *D.* 2006, p. 835
- « Le temps de la récidive et le juge de la loi », *RTDH* 2007, p. 733.
- « La récidive et l'application de la loi dans le temps », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 91

DUVERT C., « Eléments du délit de harcèlement moral », note sous TGI Paris, 31^{ème} ch. corr., *JCP E* 2003, p. 1152

ENDREO G., « L'habitude », *D.* 1981, p. 313.

FAYARD M.-C., « La localisation internationale de l'infraction », *RSC* 1968, p. 753

FIECHTER-BOULVARD F., « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de « dangerosité » », *Arch. pol. crim.* n°31, 2009, p. 265

FIGLIORE S., « La construction de l'ennemi, la réforme de la récidive en Italie », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 60

FOURNIER S., « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995, p. 475

GARÇON E.

- « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal, Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 », *JCP G* 2007, I, 196
- note sous CA Bordeaux 28 oct. 2009, *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et de Midi Pyrénées* 2010-1, p. 101

GARÇON E. et PELTIER V.

- « Un an de droit de la peine », *Dr. pén.* 2008, chron. 2
- « Un an de droit de la peine », *Dr. pén.* 2009, chron. 3
- « Un an de droit de la peine », *Dr. pén.* 2010, chron. 2
- « Un an de droit de la peine », *Dr. pén.* 2011, chron. 2

GASSIN R.

- « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », *RSC* 1963, p. 239
- « La criminologie clinique de Jean Pinatel et la criminologie clinique actuelle », *Annales internationales de criminologie*, 1999, p. 27

GAVALDA C.

- « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Etudes de droit criminel*, sous la direction de G. Stefani, Publications de l'Institut de criminologie de la Faculté de droit de Paris, Dalloz, 1956, p. 77
- « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *JCP* 1957, I, 1373

GEGOUT M., « Le rôle du ministère public dans l'exécution des peines et la règle de non cumul », *RSC* 1937, p. 149

GIACOPELLI M., « L'extension des peines minimales aux primo-délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pén.* 2011, étude 9

GINDRE E., « La protection de l'environnement par le droit pénal en Polynésie française : un droit pénal en quête d'autonomie », *RPDP* 2010, p. 371

- GIUDICELLI-DELAGE G.**, « Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69.
- GROSSIN B.**, « La loi sur la récidive et le devoir des juges », *D.* 2008, p. 623
- HAGGENMACHER P.**, « Coutume », *Arch. phil. droit.* 1990, p. 27
- HARDOUIN-LE GOFF C.**, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pén.* 2009, étude 1
- HARY V.**, « Le casier judiciaire européen : vers une première décision », *Cahiers de droit européen* 2005, p. 155
- HERZOG J.-B.**, « Du multirécidivisme à la délinquance d'habitude », *RIDP* 1953, p. 523
- HERZOG-EVANS M.**
- « Récidive : surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir », *AJ pénal* 2005, p. 305
 - « Châtiments corporels : vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ famille* 2005, p. 212
 - « La loi n°2008-147 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJ pénal* 2008, p. 161
 - « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.* 2010, p. 1428
- HEUYER G.**, « Le récidivisme », in *L'évolution du droit criminel contemporain : recueil d'études à la mémoire de Jean Le Bret*, PUF, 1968, p. 111
- HOUCHON G.**
- « Les problèmes posés par l'évolution du concept criminologique de l'état dangereux », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1961, p. 543
 - « Définition et éléments constitutifs de l'état dangereux prédélictuel », *Annales internationales de criminologie*, vol. 2, p. 369
 - « Evolution du concept de dangerosité en criminologie européenne (Vingt ans après) », *Criminologie* 1984, vol. 17, n°2, p. 79
- IDOT L.**, « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 457
- JEANCLOS Y.**, « La récidive : une pratique pénale en France du XVIème au XIXème siècle », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 21.
- JESCHEK H.**, « Politique criminelle moderne en Allemagne et en France », *RSC* 1968, p. 528
- JEULAND E.**, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455
- JIMENEZ DE ASUA L.**, « La systématisation juridique de l'état dangereux », in *Le problème de l'état dangereux*, Deuxième cours International de criminologie, 1953, p. 358
- KENSEY A. et TOURNIER P.**, « Le retour en prison. Analyse diachronique », *RSC* 1992, p. 134
- KUPFERBERG C.**, « La *sicherungsverwahrung* ou la rétention de sûreté allemande », *Dr. pén.* 2008, étude 8
- LACASSAGNE A.**, « Marche de la criminalité en France de 1825 à 1880 (Du criminel devant la science contemporaine) », *La revue scientifique de la France et de l'étranger* 1881, 1, p. 683
- LAMBERT-FAIVRE Y.**, « L'entreprise et ses formes juridiques », *RTD civ.* 1968, p. 907
- LANDREVILLE P.**, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et Société* 1982, p. 375
- LAPEROU-SCHENEIDER B.**
- « La mémoire de la justice : interconnexion des casiers judiciaires et récidive à l'échelle européenne », in *Le nouveau droit de la récidive*, L'Harmattan, 2008, p. 67
 - « L'exercice illégal de la profession d'avocat, un délit à géométrie variable ? », note sous Cass. crim. 21 oct. 2008, *D.* 2009, p. 1067

- LARGUIER A.-M.**, « Immunités et impunités découlant pour l'auteur d'une infraction d'une infraction antérieurement commise par celui-ci », *JCP* 1961, 1601 bis.
- LARGUIER J.**, « Théorie des ensembles et qualification pénale », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 95
- LASSERRE CAPDEVILLE J.**
- « Pas d'habitude pour la complicité d'exercice illégal de la profession de banquier, note sous Cass. crim. 19 mars 2008, *D.* 2008, p. 1665
 - « Précisions sur l'exercice illégal de la profession de banquier », *Gaz. Pal.* 17 oct. 2009 n°290, p. 9
- LEBLOIS-HAPPE J.**
- « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle », *Dr. pén.* 2003, chron. 11
 - « Projet de loi renforçant la lutte contre la récidive : principales dispositions », *JCP G* 2007, act. 330
 - « Rétenion de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal* 2008, p. 209
- LEBRUN A.**, note sous CA Poitiers 16 août 1940, *D. C.* 1941, p. 78
- LEGAL A.**
- « Les conditions et effets de la récidive », *RSC* 1937, p. 599
 - « Les conflits de loi dans le temps et le premier terme de la récidive », note sous Cass. crim. 11 janv. 1962, *RSC* 1963, p. 793
- LE GUNEHÉC F.**, « Principales dispositions de la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, mobilisation générale contre les chauffards », *JCP G* 2003, Act. 318.
- LENNON J.-L.**, « De la rébellion », note sous Cass. crim. 8 déc. 2009, *D.* 2010, p. 1132
- LE POITTEVIN A.**, « Le projet de réforme du Code pénal », *Revue pénitentiaire* 1893, p. 186
- LE POITTEVIN G.**,
- « Le principe du non-cumul de peines », *Journal des parquets*, t. 12, 1897, éd. Rousseau, p. 13
 - « Commentaire sur l'amnistie de 1924 », *Lois nouvelles* 1925, n°113, p. 33
- LEVASSEUR G.**
- « Violences volontaires, violences légères, droit de correction », *RSC* 1982, p. 347
 - « Le proxénétisme n'est pas une infraction d'habitude », *RSC* 1990, p. 73
- LOUIS-LUCAS P.**, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 583
- LUDWICZAK F.**, « Essai de conceptualisation d'une notion ancienne : la récidive », *RPDP* 2009, p. 305
- MAINGUY D., SEUBE J.-B. et VIALLA F.**, « Droit et tauromachie », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p.757
- MALABAT V.**, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Dr. soc.* 2003, p. 491
- MALINVAUD P.**, « L'impossibilité de la preuve écrite », *JCP* 1972, I, 2468
- MALHERBE J.**, « Hôteliers et proxénétisme », *RSC* 1956, p. 75
- MARON A.**, « Coupables mais pas condamnés », note sous Cass. crim. 9 avr. 2008, *AJ pénal* 2008, comm. 118
- MATSOPOULOU H.**, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607
- MAYAUD Y.**
- « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597

Bibliographie

- « La notion de réitération en droit pénal : l'exemple des menaces », note sous Cass. crim. 26 fév. 2002, *RSC* 2002, p. 591
- « Malveillance téléphonique et surveillance de la Cour de cassation », note sous Cass. crim. 4 mars 2003, *RSC* 2003, p. 788
- « Le délit d'abus de faiblesse, une infraction « continuée » », note sous Cass. crim. 27 mai 2004, *RSC* 2004, p. 881

- MAZABRAUD B.**, « La coutume en droit pénal français », *RPDP* 2008, p. 329

- MBANZOULOU P.**, « La dangerosité des détenus, un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ pénal* 2008, p. 171

- MENABE C.**, « Un an et demi après, les peines plancher ont-elle porté leurs fruits ? », *RPDP* 2009, p. 605

- MERLE R.**, « Le régime pénal des faits les moins graves en cas de concours réel d'infractions », *JCP* 1949, I, 773

- MONTEIRO E.**, « Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail », *RSC* 2003, p. 277

- MOULY J.**, « La classification tripartite des infractions », *RSC* 1982, p. 5

- MOUTOUH H.**, « Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux », *D.* 2006, p. 2940

- MUTEAU C.**, « De la prescription de l'action publique et de l'action civile en matière pénale, examen critique de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence », Chevalier-Maresq, 1895, p. 224

- DE NAUW A.**, « Les nouvelles techniques juridiques de la récidive en droit comparé », *RDPC* 1978, p. 351

- NICOT**, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives au régime des peines », *RSC* 1971, p. 621

- OLLARD R.**, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2011, p. 561

- OPPETIT B.**, « Sur la coutume en droit privé », *Droits* 1986, p. 39

- ORTOLAN J.**, « Des délits continus, autrement dits successifs, et des délits d'habitude », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome IV, 1854, p. 323

- PAPATHEODOROU T.**, « De l'individualisation des peines à la personnalisation de la sanction », *RICPT* 1993, p. 107

- PATIN M.**, « La place des mesures de sûreté dans le droit positif moderne », *RSC* 1948, p. 415

- PERREAU B.**, « De la notion du délit continu en doctrine et en jurisprudence », in *Travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris*, 1924, p. 36

- PERREAU E.-H.**, « Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », *RTD civ.* 1911, p. 229

- PETRUNIK M.**, « Modèles de dangerosité : les contrevenants sexuels et la loi », *Criminologie* 1994, p. 91

- PICCA G. et VENGEON P.**, « Caractéristiques et importance de la réitération d'infraction après l'exécution d'une peine privative de liberté », *RSC* 1971, p. 712

- PINATEL J.**
 - « Les aspects statistiques du récidivisme », *RSC* 1955, p. 110
 - « Essai de synthèse des aspects criminologiques et juridiques du récidivisme », *RPDP* 1969, p. 249

- POLLAUD-DULIAN F.**, « L'habitude en droit des affaires », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997 p. 349

PONCELA P.

- « Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité », *RSC* 1985, p. 62
- « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXI, 1986, p. 121

PRADEL J.

- « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur l'exécution des peines », *D.* 1971, chron. p. 183
- « L'avant-projet de révision du Code pénal », *D.* 1977, p. 115
- « Que faire des délinquants dangereux ? Approche comparative », in *Une criminologie de la tradition à l'innovation, Hommage à Georges Kellens*, Larcier, 2006, p. 441
- « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes. Commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les « peines planchers » », *D.* 2007, p. 2247
- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000

PRADEL X., « Le casier judiciaire européen », *Dr. pén.* 2006, étude 16

PRALUS-DUPUY J.

- « Le harcèlement sexuel (commentaire de l'article 222-33 du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale) », *D.* 1993, p. 53
- « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *D.* 1993, p. 135

DE QUENAUDON R., « L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps », *Dr. soc.* 1984, p. 173

RADZINOWICZ L., « The equivocity of the suspended sentence, recent English experiment », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, p. 292

RENAUT M.-H.

- « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive : de la notion de *consuetudo deliquendi* au concept de dangerosité », *RSC* 2000, p. 319
- « L'ordre public et la prostitution ou l'Histoire n'est qu'un perpétuel recommencement », *RSC* 2006, p. 296

RIBEYRE C., « Loppsi II : de nouvelles règles au service de la répression », *Dr. pén.* 2011, étude 10

RICO J.-M., « Les législations hispano-américaines de dangerosité sociale, évolution et signification », in *Dangerosité et justice pénale*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1981, p. 232

ROBERT J., « L'avant-projet de Code pénal », *JCP* 1976, I, 2318

ROBERT J.-H.

- « La classification tripartite des infractions dans le nouveau Code pénal », *Dr. pén.* 1995, chron. 1
- « Les murailles de silicium. Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *JCP G* 2006, I, 116
- « Le plancher et le thérapeute, Commentaire de la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *Dr. pén.* 2007, étude 20
- « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pén.* 2008, repère 2
- « Contagion d'habitudes vicieuses », note sous Cass. crim. 19 mars 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 89 ; *JCP E* 2008, n°31-34, p. 8 (même note publiée aux deux revues)
- « Récidive législative. Commentaire de la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », *Dr. pén.* 2010, étude 8.
- « Les récidivistes », *Arch. phil. droit* n°53, 2010, p. 172

ROBERT J.-M., « La peine justifiée », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 567

ROBERT P., « La crise de la dangerosité », in *La question pénale*, Librairie Droz, Genève, 1984, p. 144

- ROBERTS J. V.**, « Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs », Rapport préparé pour le Ministère de la Justice Canada, 30 septembre 2005, consultable sur http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2005/rr05_10/p0.html
- ROMANO C.**, « L'équivoque de l'habitude », *Revue germanique internationale* [En ligne], 13 | 2011, mis en ligne le 15 mai 2014. URL : <http://rgi.revues.org/1138>
- ROUGIER R.**, « D'une application de la théorie du concours idéal à l'infraction qui forme soit la circonstance constitutive, soit la circonstance aggravante d'une autre infraction », *JP* 1905, p. 92
- ROUJOU DE BOUBEE G.**,
- « L'ajournement et la dispense de peine. Réflexions sur la dissociation de la déclaration de culpabilité et du prononcé de la sanction en droit positif français », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 955
- « Chronique de droit pénal général », *D.* 2009, p. 123
- ROUX J.-A.**, note sous Cass. crim. 29 mars 1900 : *S.* 1902, 1, p. 297
- ROZES L.**, « L'infraction consommée », *RSC* 1975, p. 603
- RUEB R.**, « Scolies sur la récidive : du médical au pénal », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 11
- SAAS C.**, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004, p. 827
- SAINT-PAU J.-C.**
- note sous Cass. crim. 27 oct. 2004, Cass. 1^{ère} civ. 8 mars 2005 et Cass. com. 8 févr. 2005 : *RPDP* 2005, p. 429
- note sous Cass. crim. 14 févr. 2006 : *D.* 2007, p. 1184
- note sous Cass. crim. 24 mai 2005 : *RPDP* 2006 p. 143
- note sous Cass. crim. 16 juin 2009 : *RPDP* 2009, p. 853
- SALVAIRE J.**, « La récidive des contraventions est-elle générale ou spéciale ? », *JCP* 1961, I, 1652
- SANCHEZ J.-L.**, « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus, revue hypermédia* [En ligne], Les bagnes coloniaux. Consultable : <http://criminocorpus.revues.org/181>
- SAVATIER J.**, « Contribution à une étude juridique de la profession », in *Dix ans de conférences d'agrégation : études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 1
- SAYAH J.**, « Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé », *RSC* 1997, p. 45
- SCHNAPPER B.**, « La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle », Travaux du XXI^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie, *RSC* 1983, p. 27.
- SERLOOTEN P.**, « Les qualifications multiples », *RSC* 1973, p. 45
- SERVIDIO-DELABRE E.**, « Les nouvelles lois américaines sur la récidive sont-elles constitutionnelles ? », *RSC* 2003, p. 537.
- SEUVIC J.-F.**
- « Chronique législative, Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive, pluralité d'infractions : concours, récidive, réitération », *RSC* 2006, p. 351
- « La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs ou les récidives du législateur », in *Le nouveau droit de la récidive*, sous la direction de B. LAPEROU-SCHENEIDER, Actes du colloque du 25 janvier 2007, L'Harmattan, 2008, p. 109
- SEVELY-FOURNIE C.**, « L'inquiétante étrangeté de la rétention de sûreté », *RRJ* 2008, p. 1019

- SHAH S. A.**, « Dangersité : quelques considérations sur les plans légal, politique, et de santé mentale », *Déviance et Société* 1981, vol. 5, n°4, p. 371
- SOINNE B.**, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. soc.* 1983, p. 509
- SOLNAR V.**, « La notion d'infraction continuée sur la base du droit pénal comparé », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, p. 329
- SOUBELET P.**, « Corridas : confusion sur la « tradition locale ininterrompue » », *D.* 2002, p. 2267
- SOULA M.**, « Récidive et récidivistes depuis deux siècles », in *Les récidivistes*, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 11
- STEMMER B. et KILLIAS M.**, « Récidive après une peine ferme et après une peine non ferme : la fin d'une légende ? », *RICPT* 1990, p. 41
- THOMAS D.**
- « Observations sur la récidive », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Editions A. Pédone, 1995, p. 91.
 - « Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 1119
- TRICOT D.**, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.* 1996, p. 24
- TROPER M.**, « Du fondement de la coutume à la coutume du fondement », *Droits* 1986, p. 11
- TRUCHOT L.**, « Le régime de la récidive en matière de pratiques anticoncurrentielles : garanties et dissuasion », *RDLC* 2010, n°4, p. 17
- VEDEL G.**, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851
- VERGES E.**, « Peines plancher et retour des circonstances d'atténuation de la peine : le pouvoir judiciaire d'individualisation de la sanction à l'épreuve de la lutte contre la récidive », *RSC* 2007, p. 853
- VERIN J.**
- « La dangersité aujourd'hui », *RSC* 1981, p. 665
 - « Le récidivisme au Congrès de Poitiers », *RSC* 1983, p. 125
- VERSELE S.**, « De la récidive juridique au récidivisme criminologique », *RIPC* 1961, p. 194
- VIENNE R.**
- « Considérations sur la psychologie, l'origine de l'état dangereux et les facteurs de réadaptation des multirécidivistes », *RSC* 1957, p. 53
 - « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, 1975, A. Pédone, t. 2, p. 177
- VILLEY M.**, « La responsabilité chez Saint Thomas », in *La responsabilité pénale*, Dalloz, 1961, p. 117
- VIRASSAMY G.**, « Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français », *D.* 1989, chron. p. 279.
- VITU A.**
- « La notion d'habitude dans le délit d'exercice illégal de la profession de chirurgien dentiste », note sous Cass. crim. 3 mars 1971, *RSC* 1971, p. 939
 - obs. sous Cass. crim. 23 avr. 1981 : *RSC* 1982, p. 609
- WINCKLER A.**, « La récidive en droit européen de la concurrence : un droit d'exception ? », *RDLC* 2010 n°4, p. 21

INDEX DE JURISPRUDENCE

Introduction

Cour de cassation chambre criminelle

- Cass. crim. 20 août 1983 : Bull. crim. n°229
Cass. crim. 15 janv. 1985 : Bull. crim. n°26
Cass. crim. 10 mars 1987 : *D.* 1990, somm. 361, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE
Cass. crim. 21 févr. 1990 : *Dr. pén.* 1990, comm. 216, note M. VERON ; *RSC* 1990, p. 785, obs. G. LEVASSEUR
Cass. crim. 31 janv. 1995 : *RSC* 1995, p. 814, note Y. MAYAUD
Cass. crim. 17 janv. 1996 : Bull. crim. n°30
Cass. crim. 2 déc. 1998 : *D.* 2000, jurisp. p. 32, note Y. MAYAUD ; *Dr. pén.* 1999, comm. 83, note M. VERON
Cass. crim. 7 oct. 1998 : *Dr. pén.* 1999, comm. 60, note J.-H. ROBERT
Cass. crim. 13 mars 2001 : Bull. crim. n°64 ; *D.* 2001, p. 2355, obs. M.-H. GOZZI
Cass. crim. 17 mars 2003 : *RSC* 2003, p. 894, note M. MASSE
Cass. crim. 5 janv. 2005 : *AJ pénal* 2005, p. 241, obs. G. ROUSSEL ; *Dr. pén.* 2005, comm. 52, obs. M. VERON ; *RSC* 2005, p. 304, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2005, p. 1522, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *Comm. com. élec.* 2005, comm. 96, obs. A. LEPAGE

Cour de cassation chambres civiles

- Cass. 1^{ère} civ. 22 juin 1971 : Bull. civ. I n°203
Cass. com. 14 déc. 1993 : *D.* 1994, IR, p. 17
Cass. 2^{ème} civ. 22 nov. 2001 : *JCP G* 2002, II, 10073, note X. DAVERAT ; *RTD civ.* 2002, p. 181, obs. N. MOLFESSIS
Cass. 1^{ère} civ. 7 févr. 2006 : *JCP G* 2006, II, 10073, note E. DE MONREDON

Juridictions du fond

- Trib. Pol. Bordeaux 18 mars 1981 : *D.* 1982, jurisp. p. 182, note D. MAYER
Trib. Corr. Bordeaux 27 avr. 1989 : *JCP G* 1989, II, 21344, note E. AGOSTINI
CA Angers 17 juin 1997 : *Dr. pén.* 1998, comm. 34, note M. VERON
CA Toulouse 3 avr. 2000 : *JCP G* 2000, II, 10390, note P. DEUMIER
CA Angers 25 mars 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 158, note M. VERON
CA Paris 4 mai 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 158, note M. VERON
CA Paris 11 mai 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 158, note M. VERON
CA Angers 23 mars 2006 : *JCP G* 2006, IV, 2905

Juridictions administratives

- CAA Nancy, 18 janv. 2001, SARL Le Chaland, n°98NC01861

Conseil constitutionnel

- Cons. const. 21 févr. 2008, n°2008-562 DC : *RSC* 2008, p. 731, note C. LAZERGES et *RSC* 2009, p. 166 note B. DE LAMY ; *D.* 2008, p. 1359, note Y. MAYAUD ; *JCP* 2008, II, 10077, note J.-P. FELDMAN ; *Dr. pén.* 2008, repère 4, P. CONTE

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH 17 déc. 2009, req. n° 19359/04, *M. c/ Allemagne* : *D.* 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *AJ pénal* 2010, p. 129, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2010, p. 228, obs. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2010, étude 9 par L. GREGOIRE et F. BOULAN
CEDH 21 oct. 2010, req. n° 4478/03, *Grosskopf c/ Allemagne* : *AJ pénal* 2011, p. 45, obs. J.-P. CERE ; *D.* 2011, p. 379, obs. O. BACHELET

PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'HABITUDE PENALE

TITRE 1 : LES COMPORTEMENTS REPETES, ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'HABITUDE PENALE

Chapitre 1 : L'indifférence à la nature des comportements répétés

Section 1 : L'indifférence à la licéité des comportements répétés

§ 1 : La répétition de comportements licites

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 24 mai 1946 : *D.* 1946, p. 270
Cass. crim. 9 juill. 1948, *D.* 1948, p. 410
Cass. crim. 25 mai 1949 : Bull. crim. n° 188, *D.* 1949, p. 447
Cass. crim. 31 janv. 1952 : Bull. crim. n°37
Cass. crim. 5 mars 1953 : Bull. crim. n°80
Cass. crim. 13 mai 1954 : Bull. crim. n°181 ; *D.* 1954, p. 695, note F. G. ; *RSC* 1955, p. 83, obs. L. HUGUENEY
Cass. crim. 10 mars 1955 : Bull. crim. n°151
Cass. crim. 20 nov. 1956 : Bull. crim. n°764
Cass. crim. 12 févr. 1979 : Bull. crim. n°60 ; *D.* 1979, IR, p. 177, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *RSC* 1979, p. 575, obs. P. BOUZAT ; *RSC* 1980, p. 421 obs. J. LARGUIER ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009, n°15
Cass. crim. 29 janv. 1963 : *JCP* 1963, II ,13215, note J.-P. LE GALL
Cass. crim. 12 déc. 1963, Bull. crim. n° 361
Cass. crim. 29 janv. 1965 : *D.* 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU ; *RSC* 1965, p. 655, obs. L. HUGUENEY ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°87
Cass. crim. 13 oct. 1965 : Bull. crim. n°196, *D.* 1965, p. 822

Cass. crim. 18 juill. 1989 : Bull. crim. n°290, *RSC* 1990, p. 73, obs. G. LEVASSEUR
Cass. crim. 22 nov. 1994 : *Dr. pén.* 1995, comm. 140
Cass. crim. 27 mars 1996 : Bull. crim. n°138, *Dr. pén.* 1996, p. 182, obs. M. VERON ; *RSC* 1996, p. 853, obs. Y. MAYAUD
Cass. crim. 9 oct. 1996 : Bull. crim. n°355, *Dr. pén.* 1997, comm. 36, obs. M. VERON, *RSC* 1997, p. 384, obs. Y. MAYAUD
Cass. crim. 17 mars 2004 : Bull. crim. n°72
Cass. crim. 15 oct. 2008 : inédit, pourvoi n°08-81523

Cour de cassation chambres civiles

Cass. civ. 19 nov. 1912 (2 arrêts) : *DP* 1913, 1, 353, note LE POITTEVIN

Juridictions du fond

CA Pau, 12 juill. 1989 : *Juris-Data* n°1989-044540
CA Grenoble, 15 mai 1996, *Dr. pén.* 1996, comm. 242, obs. M. VERON
CA Nîmes 5 avr. 2002 : *Juris-Data* n°2002-184119
CA Montpellier, 17 nov. 2004 : *JCP G* 2005, IV, 3637
CA Paris 14 mai 2008 : *Juris-Data* n°2008-362467

§ 2 : La répétition de comportements illicites

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 5 déc. 1991 : inédit, pourvoi n°90-86162, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 178, note J.-P. DOUCET
Cass. crim. 19 nov. 2002 : inédit, pourvoi n°02-82826

Juridictions du fond

CA Poitiers 16 août 1940 : *D. C.* 1941, p. 78, note A. LEBRUN

Section 2 : L'indifférence au contenu des comportements répétés

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 9 juin 1948 : *JCP* 1949, II, 4639
Cass. crim. 21 oct. 1948 : Bull. crim. n°242
Cass. crim. 11 déc. 1956 : Bull. crim. n°827
Cass. crim. 27 déc. 1960 : Bull. crim. n° 624
Cass. crim. 25 oct. 1962 (2 arrêts) : Bull. crim. n°292 (*Lacour*) et 293 (*Benamar et Schieb*), *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT ; *JCP* 1963, II, 12985, note R. VOUIN
Cass. crim. 12 déc. 1963 : Bull. crim. n°361
Cass. crim. 13 oct. 1965 : *JCP* 1966, II, 14470, note R. COMBALDIEU
Cass. crim. 14 mai 1968 : Bull. crim. n°153
Cass. crim. 18 août 1973 : Bull. crim. n°339, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 861
Cass. crim. 3 mai 1974 : Bull. crim. n°157, *D.* 1973, Somm. 20
Cass. crim. 5 juin 1984, Bull. crim. n°212
Cass. crim. 20 janv. 1993 : inédit, pourvoi n° 92-82538
Cass. crim. 7 janv. 2004 : inédit, pourvoi n°03-80763
Cass. crim. 31 mars 2005 : Bull. crim. n°114
Cass. crim. 24 mai 2005 : inédit, pourvoi n°04-86480
Cass. crim. 4 avril 2007 : inédit, pourvoi n°07-80266

Cass. crim. 21 oct. 2008 : Bull. crim. n°211 ; *AJ pénal* 2009, p. 31, obs. G. ROYER ; *D.* 2009, p. 44, note P. CHAUMONT et E. DEGORCE et p. 1067, note B. LAPEROU-SCHENEIDER
Cass. crim. 6 janv. 2009 : inédit : pourvoi n°08-83023
Cass. crim. 4 févr. 2009 : inédit, pourvoi n°08-82034
Cass. crim. 1 avr. 2009 : inédit, pourvoi n°09-80100
Cass. crim. 30 sept. 2009 : inédit, pourvoi n°08-84921
Cass. crim. 6 janv. 2010 : inédit, pourvoi n°09-82443
Cass. crim. 2 févr. 2010 : inédit, pourvoi n°09-81172
Cass. crim. 24 nov. 2010 : inédit, pourvoi n°10-85431
Cass. crim. 1er févr. 2011 : inédit, pourvoi n°10-83017
Cass. crim. 11 mai 2011 : inédit, pourvoi n°11-80946
Cass. crim. 21 juin 2011 : inédit pourvoi n°10-86363

Juridictions du fond

CA Toulouse 3^{ème} ch. 19 janv. 2010 : n°09/00824

Chapitre 2 : L'importance du nombre de comportements répétés

Section 1 : La suffisance de deux comportements

Cour de cassation chambres civiles

Cass. civ. 14 mai 1912 : *DP* 1912, 1, 303, *S.* 1912, 1, 328
Cass. com. 10 févr. 1981: Bull. civ. IV n°75
Cass. com. 11 juill. 1984: Bull. civ. IV n°229
Cass. com. 2 oct. 1985: Bull. civ. IV n° 227; *JCP E* 1985, I, 14982

Cass. com. 5 déc. 2000 : inédit, pourvoi n°97-20591

Juridictions du fond

CA Paris, 13 oct. 1954 : *D.* 1955, p. 41

§ 1 : Une règle légale en matière d'habitude matérielle

A. En matière de récidive

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 27 déc. 1946 : Bull. crim. n°252

Cass. crim. 13 oct. 1965 : Bull. crim. n°197
Cass. crim. 27 juin 1990 : Bull. crim. n°266

Juridictions administratives

CAA Nancy, 17 nov. 2008, Melle Aïcha Bourhayel, n°08NC00100

CE 10 juin 2009, M. et Mme Kervanci, n°306833

B. En matière de réitération

Cour de cassation chambres civiles

Cass. com. 17 sept. 2010 : inédit, pourvoi n°10-13686 (QPC incidente)

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33 : *RTD com* 2008, p. 63, note E. CLAUDEL ; *D.* 2007, AJ 2668, obs. E. CHEVRIER ; CCC 2007, comm. 307, obs. D. BOSCO

C. En matière de concours réel d'infractions

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 24 déc. 1840 : Bull. crim. n°363
Cass. crim. 17 déc. 1842 : Bull. crim. n°333
Cass. crim. 2 juill. 1863 : Bull. crim. n°185
Cass. crim. 17 juin 1875 : Bull. crim. n°193
Cass. crim. 20 juill. 1882 : Bull. crim. n°180
Cass. crim. 11 mars 1905 : Bull. crim. n°118
Cass. crim. 25 févr. 1921 : *S.* 1923, I, p. 89
Cass. crim. 30 janv. 1937 : *S.* 1939, I, p. 193, note A. LEGAL
Cass. crim. 3 nov. 1955 : Bull. crim. n°443
Cass. crim. 19 avril 1956 : Bull. crim. n°323
Cass. crim. 24 oct. 1956 : Bull. crim. n°675
Cass. crim. 4 janv. 1957 : Bull. crim. n°10
Cass. crim. 15 janv. 1958 : Bull. crim. n°60, *RSC* 1959, p. 367, obs. A. LEGAL
Cass. crim. 3 mars 1960 : Bull. crim. n°138, *RSC* 1961, p. 105, obs. A. LEGAL ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009, n°19 ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°69
Cass. crim. 3 mai 1960, Bull. crim. n°236
Cass. crim. 26 oct. 1960 : Bull. crim. n°481
Cass. crim. 25 mars 1965 : Bull. crim. n°88
Cass. crim. 7 déc. 1965 : Bull. crim. n°264
Cass. crim. 5 mai 1966 : Bull. crim. n°139, *RSC* 1967, obs. A. LEGAL
Cass. crim. 28 janv. 1969 : Bull. crim. n° 51
Cass. crim. 8 mars 1972 : Bull. crim. n°221
Cass. crim. 12 nov. 1975 : Bull. crim. n°244
Cass. crim. 3 févr. 1977 : Bull. crim. n°44
Cass. crim. 19 oct. 1982 : Bull. crim. n°225
Cass. crim. 22 nov. 1983 : Bull. crim. n°308
Cass. crim. 16 mai 1984 : Bull. crim. n°182

Cass. crim. 17 juill. 1986 : Bull. crim. n°237
Cass. crim. 22 févr. 1995 : Bull. crim. n°80 et 81
Cass. crim. 6 sept. 2000 : *Juris-Data* n°2000-860029
Cass. crim. 4 mars 2003 : Bull. crim. n°58 ; *RSC* 2003, p. 561, obs. Y. MAYAUD
Cass. crim. 8 mars 2005 : Bull. crim. n°78
Cass. crim. 8 mars 2006 : Bull. crim. n°66 : *AJ pénal* 2006, p. 216, obs. G. ROUSSEL
Cass. crim. 4 mai 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 10, note J.-H. ROBERT
Cass. crim. 16 janv. 2007 : *Dr. pén.* 2007, comm. 57, note J.-H. ROBERT
Cass. crim. 6 févr. 2007 : Bull. crim. n°29 : *RSC* 2007, p. 527, obs. E. FORTIS, p. 818 obs. Y. MAYAUD, et p. 824 obs. A. CERF-HOLLANDER ; *RPDP* p. 661 obs. A. LEPAGE
Cass. crim. 26 oct. 2010 : *Dr. pén.* 2011, comm. 15, note M. VERON ; *Gaz. Pal.* 5/6 janv. 2011, p. 19, obs. E. DREYER

Juridictions du fond

T. pol. Mâcon, 28 juin 1966 : *RSC* 1967, p. 646, obs. A. LEGAL
T. Corr. Fort-de-France, 22 sept. 1967 : *JCP* 1968, II, 15583, note P.-G. BISWANG ; *RSC* 1969, p. 130, obs. A. LEGAL
CA Rennes, 13 juin 1975 : *JCP* 1976, II, 18421, note C. GEOFFROY

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 30 juill. 1998 : *Oliveira c/ Suisse*, req. 25711/94, § 26, *JCP G*, 1999, I, 105, obs. F. SUDRE

§ 2 : Une règle jurisprudentielle en matière d'habitude formelle

A. Une solution classique en matière d'infraction d'habitude

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 17 janv. 1829 : Jur. gén. v° Attentats aux mœurs, n°59
Cass. crim. 21 oct. 1841 : S. 1842, 1, 984
Cass. crim. 27 févr. 1864 : Bull. n°52 ; S. 1864, I, p. 341
Cass. crim. 22 juill. 1880 : S. 1881, 1, p. 44
Cass. crim. 3 juill. 1896 : Bull. n°218
Cass. crim. 18 déc. 1897 : DP 1899, 1, p. 171
Cass. crim. 17 nov. 1899 : DP 1900, 5, p. 945
Cass. crim. 9 févr. 1900 : DP 1900, 1, p. 279
Cass. crim. 2 juin 1906 : DP 1907, 1, p. 365
Cass. crim. 3 avr. 1914 : Bull. crim. n°184
Cass. crim. 15 mars 1919 : DP 1920, 1, p. 90
Cass. crim. 4 avr. 1919 : Bull. crim. n°87
Cass. crim. 12 juill. 1919 : Bull. crim. n°173
Cass. crim. 1er août 1919 : Bull. crim. n°195
Cass. crim. 4 nov. 1922 : Bull. crim. n°346
Cass. crim. 27 mars 1925 : DH 1925, p. 310
Cass. crim. 17 oct. 1936 : DH 1936, p. 542
Cass. crim. 24 mars 1944 : D. 1944, p. 75
Cass. crim. 13 mai 1954 : Bull. crim. n°181, D. 1954, p. 695 note signée F.G.
Cass. crim. 29 janv. 1965 : Bull. crim. n°30, D. 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU
Cass. crim. 3 mars 1971 : RSC 1971, p. 939, note A. VITU
Cass. crim. 14 déc. 1987 : Bull. crim. n°456
Cass. crim. 8 déc. 1993 : Bull. crim. n°379 ; Dr. pén. 1994, comm. 87, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 1994, p. 550, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 5 févr. 2003 : inédit, pourvoi n°01-87052

Cass. crim. 4 mars 2003 : Bull. crim. n°57 ; JCP G 2003, II, 10112, note J.-Y. MARECHAL ; Dr. pén. 2003, comm. 82, note, M. VERON ; RSC 2003, p. 789, obs. Y. MAYAUD
Cass. crim. 13 oct. 2004 : inédit, pourvoi n°03-88018
Cass. crim. 10 nov. 2004 : Bull. crim. n°280, RSC 2005, p. 78, obs. Y. MAYAUD
Cass. crim. 2 mars 2005 : inédit, pourvoi n°04-84107
Cass. crim. 21 févr. 2006 : inédit, pourvoi n°05-84899 ; JCP G 2006, I, 188, obs. R. MARTIN
Cass. crim. 10 mai 2006 : inédit, pourvoi n°05-87653
Cass. crim. 12 déc. 2006 : Dr. pén. 2007, comm. 48, obs. M. VERON
Cass. crim. 18 mars 2008 : Bull. crim. n°66

Cour de cassation chambres civiles

Cass. soc. 9 déc. 2009 : Bull. civ. V. n°280 ; D. 2010, p. 95, note L. PERRIN

Juridictions du fond

CA Bordeaux 22 nov. 1893 : DP 1895, 2, p. 148
CA Paris 2 mai 2000 : Juris-Data n°2000-122988
CA Douai, 20 mars 2002 : Juris-Data n°2002-200821
CA Besançon 1^{er} févr. 2005 : Juris-Data n°2005-271423, CCC 2005, comm. 178, obs. G. RAYMOND
CA Douai 13 sept. 2005 : JCP G 2005, IV, 3832

B. Une solution reproduite en matière de concours réel homogène

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 5 déc. 1991 : inédit, pourvoi n°90-86162, Gaz. Pal. 1992, 1, p.178, note J.-P. DOUCET
Cass. crim. 19 nov. 2002 : inédit, pourvoi n°02-82826

Juridictions du fond

CA Poitiers, 16 août 1940 : D. C. 1941, p. 78, note A. LEBRUN

C. Une solution inapplicable à l'habitude non punissable

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 30 avr. 1949 : Bull. crim. n°153, *D.*
1949, p. 304
Cass. crim. 4 janv. 1957 : Bull. crim. n°11
Cass. crim. 8 nov. 1966 : Bull. crim. n°253
Cass. crim. 18 avr. 1967 : Bull. crim. n°124

Juridictions du fond

CA Pau, 1^{ère} ch. corr. 29 janv. 2002 : *Dr. pén.* 2002,
comm. 68, obs. M. VERON

Section 2 : La possibilité de commettre des comportements supplémentaires

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 24 juill. 1967 : Bull. crim. n°235
Cass. crim. 15 mars 1990 : inédit, pourvoi n°87-
82456
Cass. crim. 13 mai 1996 : inédit, pourvoi n°95-
83602

Cass. crim. 3 nov. 1999 : inédit, pourvoi n°98-
86620
Cass. crim. 18 janv. 2000 : inédit, pourvoi n°99-
82589
Cass. crim. 4 oct. 2000 : inédit, pourvoi n°99-86267
Cass. crim. 7 oct. 2003 : inédit, pourvoi n°03-84350

TITRE 2 : LE LIEN ENTRE LES COMPORTEMENTS, ELEMENT QUALIFIANT DE L'HABITUDE PENALE

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 20 juin 2000 : Bull. crim. n°237, *D.*
affaires 2001, p. 853, note H. MATSOPOULOU

Cass. crim. 14 oct. 2003 : Bull. crim. n°189 ; *RSC*
2004, p. 339, obs. E. FORTIS

Chapitre 1 : Le lien substantiel, condition générale de l'habitude pénale

Section 1 : Un lien qualitatif

§ 1 : *L'existence d'un lien d'analogie entre les comportements*

A. L'analogie quant au contenu des comportements

1. L'analogie absolue

a) L'analogie absolue dans les habitudes formelles

a) L'infraction d'habitude

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 4 mars 1826 : Bull. crim. n°43; *S.* 1826,
1, p. 361
Cass. crim. 31 janv. 1850 : *DP* 1850, 1, 43, rapport
F. HELIE ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la*
jurisprudence criminelle, t. 1, Cujas, 1976, n°59
Cass. crim. 22 juill. 1880 : *DP* 1881, 1, p. 91
Cass. crim. 27 juill. 1887 : *D.* 1887, 1, p. 97

Cass. crim. 17 juill. 1924 : Bull. crim. n°289, *DH*
1924, p. 600
Cass. crim. 10 janv. 1930 : *S.* 1931, 1, p. 158
Cass. crim. 9 juill. 1948 : Bull. crim. n°192, *D.*
1948, p. 410 ; *JCP* 1949, II, 4639 (1ère espèce)
Cass. crim. 24 juill. 1967 : Bull. crim. n°235
Cass. crim. 9 déc. 1993, Bull. crim. n°379 : *RSC*
1994, p. 550, obs. B. BOULOC

Cass. crim. 2 mai 1994 : Bull. crim. n°158, *JCP E* 1995, p. 463, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET
Cass. crim. 21 sept. 1994 : Bull. crim. n°301
Cass. crim. 5 févr. 1995 : *RD bancaire et bourse* 1995, p. 77, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI
Cass. crim. 21 mars 1996 : Bull. crim. n°126
Cass. crim. 13 mai 1996 : inédit, pourvoi n°95-83602
Cass. crim. 26 févr. 1998 : Bull. crim. n°77
Cass. crim. 15 oct. 1998 : inédit, pourvoi n°97-83580
Cass. crim. 24 mai 2000 : Bull. crim. n°202
Cass. crim. 4 mars 2003 : Bull. crim. n°57 ; *RSC* 2003, p. 788 note Y. MAYAUD
Cass. crim. 20 avr. 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 108, note J.-H. ROBERT ; *Dr. sociétés* 2005, n°10, p. 36, note T. BONNEAU
Cass. crim. 21 juin 2005 : Bull. crim. n°187 ; *RSC* 2005, p. 850, note Y. MAYAUD
Cass. crim. 12 déc. 2006 : *Dr. pén.* 2007, comm. 48, obs. M. VERON
Cass. crim. 24 oct. 2007 : *Dr. pén.* 2005, comm. 23, obs. M. VERON ; *AJ pénal* 2008, p. 89, note C. LACROIX
Cass. crim. 30 sept. 2009 : pourvoi n°09-80373 : *RPDP* 2009, p. 832, obs. P. BONFILS ; *RPDP* 2010, p. 899, note V. MALABAT ; *AJ pénal*

2010, p. 34, obs. G. ROYER ; *JCP G* 2009, p. 587, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. pén.* 2009, comm. 147, obs. M. VERON ; *Comm. com. élec.* 2009, comm. 115, note A. LEPAGE ; *RSC* 2009, p. 838, note Y. MAYAUD ; *D.* 2009, p. 2687, obs. K. GACHI

Cour de cassation chambres civiles

Cass. com. 3 déc. 2002 : Bull. civ. IV n°182 ; *D.* 2003, AJ, 202 ; *JCP E* 2003, n° 23, p. 953, note B. DONDERO ; *RTD com.* 2003, p. 344, obs. D. LEGEAIS ; *LPA* 4 mars 2003, note E. C. ; *RD banc. fin.* 2003, n° 58, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *Banque et Droit* mai-juin 2003, p. 55, obs. T. BONNEAU ; *Gaz. Pal.* 2003, Somm. 2475, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RJDA* 2003, n°532 ; *RD imm.* 2003, p. 255, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN

Juridictions du fond

CA Paris 9^{ème} ch. 26 juin 1995 : *RD bancaire et bourse* 1996, p. 234, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD
CA Paris 14 nov. 2003 : *Juris-Data* n°2003-226546
CA Rennes 3^{ème} ch. corr. 31 mai 2007 : *AJ pénal* 2007, p. 376, note C. SAAS

β) Le concours homogène aggravant

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 24 mars 1944 : Bull. crim. n°83, *DA* 1944, p. 75
Cass. crim. 31 déc. 1947 : Bull. crim. n°269

Cass. crim. 4 oct. 2006 : inédit, pourvoi n°06-80803
Cass. crim. 29 janv. 2008 : inédit, pourvoi n°07-84326

b) Les cas d'analogie absolue en matière de récidive

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 7 août 1914 : Bull. crim. n°383
Cass. crim. 20 janv. 1916 : Bull. crim. n°16
Cass. crim. 24 janv. 1918 : Bull. crim. n°12
Cass. crim. 21 sept. 1922 : Bull. crim. n°310
Cass. crim. 23 mars 1925 : Bull. crim. n°162
Cass. crim. 4 mars 1927 : Bull. crim. n°70
Cass. crim. 23 juin 1928 : Bull. crim. n°162
Cass. crim. 9 avr. 1932 : Bull. crim. n°372

Cass. crim. 8 juin 1934 : Bull. crim. n°113
Cass. crim. 27 déc. 1934 : Bull. crim. n°199
Cass. crim. 23 juin 1943 : *DA* 1944, p. 14
Cass. crim. 17 janv. 1947 : Bull. crim. n°30
Cass. crim. 13 juill. 1951 : Bull. crim. n°215
Cass. crim. 11 juin 1963 : Bull. crim. n°257
Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°306
Cass. crim. 30 oct. 1989 : inédit, pourvoi n°89-81673

c) *Les cas d'analogie absolue en dehors de l'habitude pénale*

Cour de cassation chambres civiles

Cass. soc. 30 avr. 1997 : *RJS* 1997, n°980
Cass. soc. 5 févr. 2002 : Bull. civ. V n° 53 ; *D.*
2002, Jur. p. 1298, note P. BAILLY
Cass. soc. 14 janv. 2003 : Bull. civ. V n°7 ; *D.*
2003, p. 1661, obs. C. GIRAUDET
Cass. soc. 17 févr. 2004 : *RJS* 2004, n°521

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33
relative à des pratiques mises en œuvre par
France Télécom dans le secteur de l'Internet à

haut débit : *RTD com* 2008, p. 63, note E.
CLAUDEL ; *D.* 2007, AJ 2668, obs. E.
CHEVRIER ; CCC 2007, comm. 307, obs. D.
BOSCO

Tribunal de l'Union européenne

Trib. UE 17 déc. 2009, *Solvay c/ Commission* : T-
57/01
Trib. UE 25 juin 2010, *Imperial Chemical
Industries c/ Commission* : T-66/01

2. *L'analogie relative*

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 22 févr. 1895 : Bull. crim. n°65 ; *DP*
1896, 1, p. 137
Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°206
Cass. crim. 2 déc. 1898 : *DP* 1900, 1, p. 343
Cass. crim. 21 mars 1900 : Bull. crim. n°139
Cass. crim. 31 mars 1900 : Bull. crim. n°138
Cass. crim. 29 mai 1933 : *Gaz. Pal.* 1933, 2, p. 403
Cass. crim. 30 mars 1939 : *JCP* 1940, II, 1400
Cass. crim. 30 mars 1939 : *Gaz. Pal.* 1939, 2, p.
183
Cass. crim. 1^{er} févr. 1940 : *Gaz. Pal.* 1940, 1, p. 276
Cass. crim. 17 déc. 1943 : *Gaz. Pal.* 1944, 1, p. 96
Cass. crim. 3 avr. 2001 : Bull. crim. n°89, *RSC*
2001, p. 799, obs. B. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 2001,
2, somm. p. 1996, note MONNET

Cass. crim. 21 juin 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm.
139, obs. M. VERON
Cass. crim. 3 déc. 2008 : Bull. crim. n°245 ; *RSC*
2010, p. 126, n°2, Chronique de jurisprudence
par E. FORTIS ; *Dr. pén.* 2009, comm 31, obs.
M. VERON ; chron. 3, n°4, obs. E. GARÇON
Cass. crim. 31 mars 2009 : inédit, pourvoi n°08-
84898
Cass. crim. 8 déc. 2009 : *D.* 2010, p. 1132, note J.-
L. LENNON ; *AJ pénal* 2010, p. 191, obs. C.
DUPARC ; *Dr. pén.* 2010, comm. 32 obs. M.
VERON et chron 2., n°13 obs. E. GARÇON ;
RPDP 2010, p. 119, note J.-Y. CHEVALLIER ;
Gaz. Pal. 24-25 mars 2010, p. 21, obs. S.
DETRAZ
Cass. crim. 19 mai 2010 : *RSC* 2011, p. 185, obs. B.
DE LAMY

B. *Analogie par la gravité du comportement*

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 22 janv. 1852 : *S.* 1852, 1, p. 277

Cass. crim. 6 janv. 1881 : *S.* 1882, 1, p. 281

§ 2 : *L'absence de lien de causalité entre les comportements*

A. *L'absence de causalité objective*

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 21 sept. 1815 : Bull. crim. n°50
Cass. crim. 20 juill. 1854 : *DP* 1854, 1, p. 304

Cass. crim. 14 avr. 1864 : *S.* 1864, 1, p. 376
Cass. crim. 24 juill. 1879 : *DP* 1880, 5, p. 318
Cass. crim. 4 déc. 1886 : *DP* 1887, 1, p. 239

Cass. crim. 19 déc. 1891 : *S.* 1892, 1, p. 47
Cass. crim. 16 juill. 1956 : Bull. crim. n°242 ; *RSC*
1957, p. 139, obs. L. HUGUENEY
Cass. crim. 26 mai 1976 : Bull. crim. n°181 ; *D.*
1976 IR 196
Cass. crim. 21 oct. 2008 : Bull. crim. n°211 ; *AJ*
pénal 2009, p. 31, obs. G. ROYER ; *D.* 2009, p.
44 note P. CHAUMONT et E. DEGORCE, et p.
1067, note B. LAPEROU-SCHENEIDER

Cour de cassation chambres civiles

Cass. 1^{ère} civ. 7 avr. 1999 : *D.* 1999, p. 119 ; *RTD*
civ. 1999, p. 698, obs. R. PERROT ; *JCP G* 1999,
I, 10107, note R. MARTIN

Juridictions du fond

CA Lyon 2 janv. 1884 : *DP* 1886, 2, p. 40
CA Paris 24 mai 1886 : *DP* 1888, 5, p. 412

B. L'indifférence à la causalité subjective

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 18 sept. 1902 : Bull. crim. n°317
Cass. crim. 23 oct. 1978 : Bull. crim. n° 283
Cass. crim. 20 mars 1985 : Bull. crim. n°120
Cass. crim. 27 mai 1991 : Bull. crim. n° 222
Cass. crim. 26 sept. 1995 : Bull. crim. n°288 ; *Dr.*
pén. 1996, comm. 61, obs. M. VÉRON ; *RSC*
1996, p. 658, obs. R. OTTENHOF
Cass. crim. 28 mai 2003 : Bull. crim. n°109

Cass. crim. 27 mai 2004 : Bull. crim. n°179, *RSC*
2004, p. 881, note Y. MAYAUD, et p. 886, note
R. OTTENHOF ; *Dr. pén.* 2004, comm. 130, obs.
M. VERON ; *D.* 2004, p. 2750, note S.
MIRABAIL ; *RTD com.* 2004, p. 825, note B.
BOULOC

Juridictions administratives

CAA Douai, 5 févr. 2008, SARL FPI,
n°07DA01174

Section 2 : Un lien temporel

§ 1 : Le délai minimum entre les comportements

A. Comportements punissables isolément

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 31 déc. 1840 : Bull. crim. n°370 : *S.*
1841, 1, p. 208
Cass. crim. 7 oct. 1843 : Bull. crim. n°261
Cass. crim. 15 avr 1847 : *D.* 1847, 4, 145
Cass. crim. 6 juin 1878 : Bull. crim. n°129 : *S.*
1880, 1, 231
Cass. crim. 6 juin 1878 : *DP* 1879, 1, p. 482
Cass. crim. 13 juin 1979 : Bull. crim. n°207
Cass. crim. 27 janv. 1881 : Bull. crim. n°21, *S.*
1882, 1, 439

Cass. crim. 14 janv. 1954 : Bull. crim. n°14
Cass. crim. 3 mars 1960 : Bull. crim. n°141
Cass. crim. 13 juill. 1965 : Bull. crim. n°175
Cass. crim. 30 nov. 1965, Bull. crim., n°255
Cass. crim. 13 juin 1979 : Bull. crim. n°207
Cass. crim. 21 avr. 1982 : Bull. crim. n°99
Cass. crim. 21 avr. 1982 : Bull. crim. n°89
Cass. crim. 12 juill. 1982 : Bull. crim. n°190 ; *RSC*
1983, p. 261, obs. G. LEVASSEUR

B. Comportements non punissables isolément

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 22 févr. 1890 : Bull. crim. n°42
Cass. crim. 9 juill. 1948 : *D.* 1948, p. 410
Cass. crim. 29 janv. 1963 : *JCP* 1963, II ,13215,
note J.-P. LE GALL

Cass. crim. 26 févr. 2002 : Bull. crim. n°43 ; *Dr.*
pén. 2002, comm. 67, note M. VERON ; *RSC*
2002, p. 591, note Y. MAYAUD
Cass. crim. 21 juin 2005 : Bull. crim. n°187 ; *RSC*
2005, p. 850, note Y. MAYAUD

Cour de cassation chambres civiles

Cass. soc. 26 mai 2010 : *D.* 2010, p. 1988, note G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *AJ pénal* 2010, p. 398, obs. C. PORTERON

Juridictions du fond

CA Paris 14 déc. 1998 : *Juris-Data* n°1998-024115

CA Pau 10 juill. 2002 : *Juris-Data* n°2002-193791
CA Paris 16 janv. 2003 : *Juris-Data* n°2003-199487
CA Dijon 8 oct. 2003 : *Juris-Data* n°2003-225724
CA Metz 10 nov. 2003 : *Juris-Data* n°2003-233675
CA Toulouse 3^{ème} ch. 27 oct. 2004 : *Juris-Data* n°2004-254292 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 23
CA Douai 13 sept. 2005 : *JCP G* 2005, IV, 3829

§ 2 : *Le délai maximum entre les comportements*

A. *L'existence d'un délai*

1. *La fixation expresse d'un délai dans la récidive temporaire*

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 29 févr. 1897 : *Bull. crim.* n°73
Cass. crim. 2 sept. 1897 : *Bull. crim.* n°306
Cass. crim. 23 juin 1898 : *Bull. crim.* n°227
Cass. crim. 23 juin 1900 : *DP* 1903, 1, p. 102
Cass. crim. 23 déc. 1963 : *Bull. crim.* n°376
Cass. crim. 28 avr. 1964 : *Bull. crim.* n°133
Cass. crim. 20 nov. 1969 : *Bull. crim.* n°312
Cass. crim. 17 févr. 1998 : *Bull. crim.* n°62 ; *RSC* 1998, p. 767, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 1998, II, 10163, note P. SALVAGE ; *Dr. pén.* 1999, chron. 18, note G. LORHO

Cour de cassation – Avis

Cass. avis. 26 janv. 2009, avis n°0080013P : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°12, obs. E. GARÇON ; *AJ pénal* 2009, p. 173, note C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 125, Chronique de jurisprudence par E. FORTIS ; *D.* 2009, p. 509, note M. LENA ; *RPDP* 2009, p. 433, note X. PIN

Juridictions du fond

TGI Lille 1^{er} mars 1962 : *D.* 1962, somm. 123
CA Douai 2 juin 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 782

2. *L'application des règles de prescription de l'action publique*

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 15 juin 1821 : *Bull. crim.* n°122
Cass. crim. 21 oct. 1841 : *S.* 1842, 1, p. 904
Cass. crim. 30 déc. 1853 : *S.* 1854, 1, p. 404
Cass. crim. 7 août 1925 : *S.* 1927, 1, p. 40
Cass. crim. 24 mars 1944 : *DA* 1944, p. 75 note A. LEBRUN
Cass. crim. 19 nov. 2002 : inédit, pourvoi n°02-82826

Cour de cassation chambres civiles

Cass. soc. 10 nov. 1992 : n°89-43108, *Bull. civ.* V n°541, *D.* 1992, p. 282 ; *Dr. soc.* 1993, p. 56

Juridictions du fond

CA Rennes 21 mai 1879 : *S.* 1880, 2, p. 73
CA Dijon 9 mai 1928 : *DH* 1928, p. 388
CA Dijon 8 oct. 2003 : *Juris-Data* n°2003-225724
CA Paris 8 juin 2001 : *Juris-Data* n°2001-150369
CA Agen 18 nov. 2010 : *Juris-Data* n°2010-025588

B. *L'absence de délai*

Juridictions administratives

CAA Bordeaux, 31 juill. 2008, req.n°07BX00777, *M. Guy X*

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33
Cons. conc. 11 juin 2008, décision n°08-D-13

Cons. conc. 9 déc. 2009, décision n°09-D-36

Cour de justice des communautés européennes
CJCE 8 févr. 2007, aff. C-3/06, Comm. CE c/
Danone

Chapitre 2 : Le lien procédural, condition particulière de l'habitude pénale

Section 1 : La notion de condamnation pénale

§ 1 : Le caractère juridictionnel de la décision de condamnation

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 24 juin 2008 : Bull. crim. n°162
Cass. crim. 30 nov. 2010 : inédit, pourvoi n°10-80460 ; *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°6, obs. E. GARÇON

Cour de cassation chambres civiles

Cass. soc. 13 janv. 2009 : pourvoi n°07-44718, *JCP* S 31 mars 2009, 1155, comm. T. LAHALLE

Cour de cassation – Avis

Cass. avis. 18 janv. 2010 : *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°6, note E. GARÇON ; *RPDP* 2010, p. 421, note X. PIN ; *AJ pénal* 2010, p. 187, note J. DANET ;

Gaz. Pal. 24-25 mars 2010, p. 20, obs. S. DETRAZ

Juridictions du fond

CA Pau 29 mai 2008 : n°07/01027
CA Rouen 9 juin 2008 : n°07/00920
CA Douai 15 sept. 2009 : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°11, obs. E. GARÇON

Cour de justice des communautés européennes

CJCE 11 févr. 2003 *Götzütok c/ Brügge* : *D.* 2003, p. 1458, note F. JULIEN-LAFERRIERE
CJCE 10 mars 2005 : *JCP G* 2005, IV, 1916

§ 2 : Le contenu de la décision de condamnation

A. L'insuffisance d'une simple déclaration de culpabilité

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 26 juin 1991 : Bull. crim. n°283
Cass. crim. 23 oct. 1996 : Bull. crim., n° 371 ; *D.* 1997, IR p. 45
Cass. crim. 5 mars 1997 : inédit, pourvoi n°96-84264
Cass. crim. 8 nov. 2006 : Bull. crim. n°281 ; *AJ pénal* 2007, p. 27, note M. HERZOG-ÉVANS ; *Gaz. Pal.* 2008, 1, somm. 1149 note MONNET
Cass. crim. 9 avr. 2008 : Bull. crim. n°97 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 118, obs. A. MARON ; *AJ pénal* 2008, p. 329, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.* 2008, p. 1484, note M. LÉNA

Cour de cassation chambres civiles

Cass. 1^{ère} civ. 15 juill. 1999 : Bull. civ. I, n°234 ; *D.* 1999, IR p. 211

Juridictions administratives

TA Toulouse 29 juin 1998 : *D.* 2000, somm. 116, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *Dr. pén.* 1999, comm. n°69, obs. M. VERON
CE 16 juin 2004, n°248628 : *D.* 2005, Jur. 2516, note D. PERE

B. La nécessité d'une peine

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 8 juill. 1836 : *S.* 1837, 1, p. 411
Cass. crim. 8 mars 1838 : *S.* 1838, 1, p. 804
Cass. crim. 23 janv. 1852 : *S.* 1852, 1, p. 217
Cass. crim. 4 janv. 1856 : *DP* 1856, 5, p. 383

Cass. crim. 21 déc. 1871 : *S.* 1872, 1, p. 447
Cass. crim. 6 janv. 1881 : *S.* 1882, 1, p. 281
Cass. crim. 27 sept. 1894 : Bull. crim. n°349
Cass. crim. 18 févr. 1898 : Bull. crim. n°71

Cass. crim. 26 mars 1941 : *Gaz. Pal.* 1941, 1, p. 189
Cass. crim. 11 janv. 1962 : Bull. crim. n°333 ; *JCP* 1962, IV, p. 27
Cass. crim. 23 déc. 1963 : Bull. crim. n°376
Cass. crim. 28 avr. 1964 : Bull. crim. n°133
Cass. crim. 5 janv. 1965 : Bull. crim. n°3
Cass. crim. 23 mars 1981 : Bull. crim. n°103 ; *JCP G* 1981, IV, p. 211
Cass. crim. 19 oct. 1981 : *Juris-Data* n°1981-002938
Cass. crim. 3 juin 1982 : *Juris-Data* n°1982-001406
Cass. crim. 25 oct. 1989 : Bull. crim. n°381
Cass. crim. 12 sept. 2007 : Bull. crim. n°203, *JCP G* 2008, II, 10015, note BYK ; *AJ pénal* 2007, p. 489, obs. G. ROYER ; *RSC* 2007, p. 848, obs. R. FINIELZ ; *D.* 2007, p. 2981, note S. DETRAZ

Cass. crim. 16 nov. 2010 : *D.* 2011, p. 428, note S. DETRAZ

Juridictions du fond

CA Paris, 3 avr. 1987 : *Juris-Data* n°1987-021871
CA Bordeaux, 28 oct. 2009 : *Juris-Data* n°2009-015976 ; *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et de Midi Pyrénées* 2010, p. 101 ; *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°11, obs. E. GARÇON

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33

Cour de justice des communautés européennes

CJCE 8 févr. 2007, aff. C-3/06, Comm. CE c/ Danone, § 41

Section 2 : Les condamnations prises en compte pour la caractérisation des habitudes pénales judiciaires

§ 1 : Les conditions relatives à la décision de condamnation

A. Une condamnation irrévocable

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 10 mai 1861 : Bull. crim. n°102
Cass. crim. 26 janv. 1884 : Bull. crim. n°23
Cass. crim. 14 mars. 1890 : Bull. crim. n°55
Cass. crim. 4 août 1893 : *DP* 1896, 1, p. 271
Cass. crim. 4 mai 1894 : *DP* 1896, 1, p. 137
Cass. crim. 26 avr. 1895 : Bull. crim. n°125
Cass. crim. 14 déc. 1895 : Bull. crim. n°334
Cass. crim. 4 juill. 1896 : Bull. crim. n°223
Cass. crim. 6 nov. 1896 : Bull. crim. n°319
Cass. crim. 5 nov. 1897 : Bull. crim. n°346
Cass. crim. 28 avr. 1899 : Bull. crim. n°102
Cass. crim. 14 sept. 1899 : Bull. crim. n°273
Cass. crim. 10 déc. 1903 : *DP* 1905, 1, p. 374
Cass. crim. 21 juill. 1922 : Bull. crim. n°260
Cass. crim. 27 déc. 1934 : Bull. crim. n°199
Cass. crim. 8 janv. 1942 : *DC* 1942, n°5, p. 69
Cass. crim. 28 juin 1944 : Bull. crim. n°152, *D.* 1945, p. 82
Cass. crim. 17 janv. 1947, Bull. crim. n°30
Cass. crim. 13 juill. 1951 : Bull. crim. n°215
Cass. crim. 27 janv. 1955 : Bull. crim. n°69
Cass. crim. 27 oct. 1955 : Bull. crim. n° 321
Cass. crim. 16 oct. 1956 : Bull. crim. n°640
Cass. crim. 22 nov. 1956 : Bull. crim. n°773
Cass. crim. 9 avr. 1957 : Bull. crim. n°349

Cass. crim. 23 oct. 1957 : Bull. crim. n°667
Cass. crim. 10 juill. 1958 : Bull. crim. n°538
Cass. crim. 9 déc. 1958 : Bull. crim. n°732 ; *JCP G* 1959, IV, 10
Cass. crim. 22 juin 1960 : Bull. crim. n°340
Cass. crim. 10 janv. 1962 : Bull. crim. n°27, *RSC* 1962, p. 529, obs. ROBERT
Cass. crim. 11 juill. 1963 : Bull. crim. n°257
Cass. crim. 13 nov. 1963 : Bull. crim. n°321
Cass. crim. 12 oct. 1965 : *JCP* 1965, IV, p. 142
Cass. crim. 20 nov. 1969 : Bull. crim. n°312
Cass. crim. 8 juill. 1981 : Bull. crim. n°228, *JCP* 1981, IV, p. 353
Cass. crim. 7 oct. 1981 : Bull. crim. n°264
Cass. crim. 16 févr. 1983 : Bull. crim. n°61
Cass. crim. 20 mars 1984 : Bull. crim. n°116
Cass. crim. 4 oct. 1989 : Bull. crim. n°340
Cass. crim. 30 oct. 1989 : *Dr. pén.* 1990, comm. 81

Conseil / Autorité de la concurrence

Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33
Aut. conc. 20 sept. 2010, décision n°10-D-28 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement

Aut. conc. 22 déc. 2010, décision n°10-D-39

Cour de justice de l'Union Européenne

CJUE 17 juin 2010, aff. C-413/08 P, *Lafarge SA c/ Commission*

B. Une condamnation non effacée

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 5 juill. 1821 : Bull. crim. n°108
Cass. crim. 11 juin 1825 : Bull. crim. n°114
Cass. crim. 4 juill. 1828 : Bull. crim. n°199
Cass. crim. 21 sept. 1838 : Bull. crim. n°312
Cass. crim. 7 mars 1844 : S. 1845, 1, p. 427
Cass. crim. 4 janv. 1851 : Bull. crim. n°6
Cass. crim. 12 févr. 1870 : Bull. crim. n°41
Cass. crim. 18 sept. 1890 : DP 1891, 1, p. 186
Cass. crim. 26 mars 1909 : Bull. crim. n°195
Cass. crim. 2 janv. 1914 : Bull. crim. n°4
Cass. crim. 7 sept. 1922 : Bull. crim. n°307
Cass. crim. 21 avr. 1932 : Bull. crim. n°111; S. 1933, I, p. 320
Cass. crim. 22 déc. 1966 : JCP 1967, II, 14968
Cass. crim. 30 nov. 1972 : Bull. crim. n°373, rapp. R. COMBALDIEU, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 924, note P. MARCHAUD
Cass. crim. 28 nov. 1978 : Bull. crim. n°335
Cass. crim. 23 mars 1982 : Bull. crim. n°84
Cass. crim. 20 févr. 1989 : Bull. crim. n°81
Cass. crim. 11 déc. 1990 : inédit, pourvoi n°89-86866
Cass. crim. 5 juin 1996 : Bull. crim. n°232, RSC 1997, p. 373, obs. B. BOULOC

Cass. crim. 27 févr. 2002 : inédit, pourvoi n°01-82272
Cass. crim. 30 mai 2006 : Bull. crim. n°153 ; *RPDP* 2007, p. 199, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 15 sept. 2010 : inédit, pourvoi n°10-81053
Cass. crim. 11 janv. 2011 : pourvoi n°10-81781, JCP G 2011, 346, note J.-H. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 13 avr. 2011, p. 17, obs. S. DETRAZ ; *RPDP* 2011, p. 373, note X. PIN
Cass. crim. 16 juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-87645

Cour de cassation – Avis

Cass. 26 janv. 2009, avis n°0080013P : *AJ pénal* 2009, p. 173, note C. SAAS ; RSC 2010, p. 125, Chronique de jurisprudence par E. FORTIS ; *D.* 2009, p. 509, note M. LENA ; *RPDP* 2009, p. 433, note X. PIN ; *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°12, obs. E. GARÇON

Juridictions du fond

CA Riom, 13 mars 2003 : *Juris-Data* n°2003-220294

§ 2 : *Les conditions relatives à la juridiction ayant prononcé la condamnation*

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 13 nov. 1812 : Bull. crim. n°246
Cass. crim. 6 janv. 1837 : Bull. crim. n°3
Cass. crim. 13 janv. 1842 : S. 1842, 1, p. 176
Cass. crim. 10 janv. 1861 : Bull. crim. n°8
Cass. crim. 3 juill. 1863 : Bull. crim. n°188
Cass. crim. 18 sept. 1873 : Bull. crim. n°249
Cass. crim. 26 févr. 1880 : Bull. crim. n°47
Cass. crim. 9 nov. 1882 : Bull. crim. n°239
Cass. crim. 3 févr. 1900 : S. 1902, 1, p. 539

Cass. crim. 9 août 1907 : Bull. crim. n°365
Cass. crim. 27 nov. 1928, Bull. crim. n°313
Cass. crim. 19 oct. 1933 : S. 1935, 1, p. 146
Cass. crim. 20 juill. 1934 : S. 1936, 1, p. 78
Cass. crim. 17 janv. 1947 : RSC 1947, p. 438
Cass. crim. 13 juill. 1951 : Bull. crim. n°215
Cass. crim. 19 avr. 1956 : Bull. crim. n°330
Cass. crim. 7 nov. 1968 : Bull. crim. n°290, *D.* 1969, p. 220 ; *Gaz. Pal.* 1969, 1, p. 20

SECONDE PARTIE : LA REPRESSION DE L'HABITUDE PENALE

TITRE 1 : L'INFLUENCE DE LA REPETITION DE COMPORTEMENTS SUR LE REGIME JURIDIQUE DE L'HABITUDE PENALE

Chapitre 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de répression de l'habitude pénale

Section 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de fond

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 10 oct. 1845 : Bull. crim. n°331
Cass. crim. 15 avr. 1847 : *D.* 1847, 4, p. 135
Cass. crim. 27 janv. 1881 : *D.* 1881, 1, p. 232
Cass. crim. 24 avr. 1925 : *S.* 1925, 1, p. 329, note
J.-A. ROUX
Cass. crim. 9 déc. 1949 : *Gaz. Pal.* 1950, 1, 279
Cass. crim. 4 nov. 1954 : *JCP* 1955, II, 8452, note
H. DELPECH
Cass. crim. 16 mars 1955 : *RSC* 1955, p. 518, obs.
A. LEGAL
Cass. crim. 13 janv. 1959 : Bull. crim. n°35
Cass. crim. 17 juin 1964 : Bull. crim. n°205

Cass. crim. 10 mars 1970 : Bull. crim. n°95
Cass. crim. 16 févr. 1975 : Bull. crim. n°280
Cass. crim. 12 juill. 1982 : *RSC* 1983, p. 261, obs.
G. LEVASSEUR
Cass. crim. 24 janv. 1984 : Bull. crim. n°29
Cass. crim. 8 oct. 1984 : Bull. crim. n°289
Cass. crim. 1er mars 1989 : Bull. crim. n°99
Cass. crim. 19 juin 1996 : Bull. crim. n°265
Cass. crim. 25 juin 1997 : Bull. crim. n°257
Cass. crim. 5 déc. 2001 : inédit, pourvoi n°01-82351
Cass. crim. 15 déc. 2010 : inédit, pourvoi n°10-80817

Section 2 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions procédurales

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 15 juin 1821 : Bull. crim. n°122
Cass. crim. 29 mai 1824 : Bull. crim. n°72
Cass. crim. 23 juill. 1825 : Bull. crim. n°137
Cass. crim. 24 déc. 1825 : Bull. crim. n°242 : *S.*
1826, 1, p. 138
Cass. crim. 25 août 1836 : Bull. n°288, *S.* 1837, p.
410
Cass. crim. 21 oct. 1841 : Bull. crim. n°310
Cass. crim. 30 déc. 1853 : *S.* 1854, 1, p. 304
Cass. crim. 14 nov. 1862 : Bull. crim. n°247

Cass. crim. 21 janv. 1887 : *D.* 1887, 1, p. 287, note
E. GARÇON ; *S.* 1888, 1, p. 233, note E. VILLEY
Cass. crim. 7 janv. 1944 : *S.* 1944, 1, p. 112
Cass. crim. 22 sept. 2004 : inédit, pourvoi n°03-87452
Cass. crim. 3 oct. 2006 : inédit, pourvoi n°05-86658
Cass. crim. 16 juin 2010 : inédit, pourvoi n°08-88211

Juridictions du fond

CA Orléans 17 sept. 1948 : *Gaz. Pal.* 16 nov. 1948
CA Nancy 7 mars 1951 : *D.* 1951, p. 481

Chapitre 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de sa répression

Section 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de fond

§ 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de participation

A. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la coaction

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 17 mai 1851 : *DP* 1851, I, p. 303

Cass. crim. 8 juill. 1897 : Bull. crim. n°230
Cass. crim. 23 oct. 1946 : Bull. crim. n°185
Cass. crim. 16 oct. 1963 : Bull. crim. n°284
Cass. crim. 12 mars 1968 : Bull. crim. n°83

Cass. crim. 5 janv. 1973 : Bull. crim. n°8
Cass. crim. 9 juin 1982 : Bull. crim. n°155
Cass. crim. 15 nov. 1989 : Bull. crim. n°421

B. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la complicité

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 3 juill. 1806 : Bull. crim. n°107
Cass. crim. 26 déc. 1812 : *S.* 1813, 1, p.197
Cass. crim. 25 févr. 1819 : Bull. crim. n°30
Cass. crim. 28 avr. 1842 : *S.* 1842, 1, p. 504
Cass. crim. 10 nov. 1860 : Bull. crim. n°231
Cass. crim. 20 août 1875 : *S.* 1876, 1, p. 42
Cass. crim. 23 mai 1879 : *S.* 1881, 1, p. 41
Cass. crim. 2 juill. 1885 : Bull. crim. n°196
Cass. crim. 18 nov. 1892 : Bull. crim. n°288
Cass. crim. 2 sept. 1897 : Bull. crim. n°306
Cass. crim. 2 avr. 1925 : *S.* 1926, 1, p. 288
Cass. crim. 9 oct. 1941 : *DA* 1941, jurisp. p. 374
Cass. crim. 1er déc. 1944, *Paemelabre ; Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009, n°35
Cass. crim. 31 déc. 1947 : *JCP* 1948, IV, 29
Cass. crim. 10 févr. 1949 : *RSC* 1949, p. 336
Cass. crim. 15 déc. 1949 : *S.* 1950, 1, p. 179
Cass. crim. 14 févr. 1961 : *JCP G* 1961, IV, 46
Cass. crim. 29 janv. 1965 : *D.* 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU ; *RSC* 1965, p. 655, obs. L. HUGUENEY ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 1, Cujas, 1976, n°87
Cass. crim. 19 juin 1984 : Bull. crim. n°231
Cass. crim. 19 mars 1986 : Bull. crim. n°112
Cass. crim. 6 déc. 1989 : *Dr. pén.* 1990, comm. 17
Cass. crim. 28 juin 1995 : Bull. crim. n°241
Cass. crim. 21 mars 1996 : Bull. crim. n°126
Cass. crim. 21 mai 1996 : *Dr. pén.* 1996, comm. 213, obs. M. VERON
Cass. crim. 7 mai 1998 : inédit, pourvoi n°97-83327
Cass. crim. 10 nov. 1999 : inédit, pourvoi n°97-8649

Cass. crim. 4 oct. 2000 : inédit, pourvoi n°99-86267
Cass. crim. 8 janv. 2003 : Bull. crim. n°5 ; *JCP* 2003, II, 10160, note W. JEANDIDIER ; *D.* 2003, p. 2661, note E. GARÇON ; *D.* 2004, p. 310, obs. B. DE LAMY
Cass. crim. 5 mars 2003 : pourvois n°00-83140 et n°02-83768
Cass. crim. 18 mars 2003 (deux arrêts) : Bull. crim. n°69
Cass. crim. 18 juin 2003 : *JCP* 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *D.* 2004, p. 1620, note D. REBUT
Cass. crim. 1^{er} déc. 2004 : inédit, pourvoi n°03-85553
Cass. crim. 7 sept. 2005 : *D.* 2006, p. 835, note E. DREYER
Cass. crim. 24 janv. 2006 : Bull. crim. n°25, *D.* 2006, p. 2649, obs. J.-P. KARAQUILLO
Cass. crim. 7 févr. 2006 : Bull. crim. n°33
Cass. crim. 19 mars 2008 : *Dr. pén.* 2008, comm. 79 obs. M. VERON ; *Dr. pén.* 2008, comm. 89, note J.-H. ROBERT (commentaire également publié au *JCP E* 2008, p. 1990) ; *D.* 2008, p. 1665, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RPDP* 2008, p. 615, note A. LEPAGE ; *JCP E* 2008, n°48, p. 10, obs. P. COUDERT ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2008, n°281, p. 9, note G. HUCHET
Cass. crim. 22 sept. 2010, inédit, pourvoi n°09-85665
Cass. crim. 23 mars 2011 : inédit, pourvoi n°10-84314
Cass. crim. 6 sept. 2011 : inédit, pourvoi n°11-80317

§ 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur sa localisation

A. La localisation de l'habitude dans le temps

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 23 déc. 1853 : *S.* 1854, 1, p. 405
Cass. crim. 14 nov. 1862 : *DP* 1863, 5, p. 395

Cass. crim. 15 févr. 1886 : *S.* 1886, 1, p. 328, 1^{ère} et 2^{ème} esp.
Cass. crim. 31 août 1893 : *D.* 1896, 1, p. 137

Cass. crim. 6 juin 1902 : *D.* 1903, 1, p. 308 ; *S.* 1903, 1, p. 377, note J.-A. ROUX
Cass. crim. 14 juin 1945 : *Bull. crim.* n°68
Cass. crim. 29 janv. 1948 : *Bull. crim.* n°38
Cass. crim. 11 janv. 1962 : *RSC* 1963, p. 793, note A. LEGAL
Cass. crim. 11 févr. 1981 : *Bull. crim.* n°103
Cass. crim. 23 mars 1981 : *Bull. crim.* n°103
Cass. crim. 27 mars 1996 : *Bull. crim.* n°140, *RSC* 1997, p. 375, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 26 sept. 1996 : *Bull. crim.* n°336 ; *RSC* 1997, p. 631, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 11 févr. 1998 : *Bull. crim.* n°53 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 65, obs. M. VERON ; *RSC* 1998, p. 541, obs. Y. MAYAUD
Cass. crim. 15 juin 2000 : inédit, pourvoi n°99-87955
Cass. crim. 29 févr. 2000 : *Bull. crim.* n°95, *RSC* 2001, p. 167 obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. pén.* 2000, comm. 37, obs. C. MARSAT

Cass. crim. 8 mars 2006 : inédit, pourvoi n°05-83747

Juridictions du fond

CA Poitiers 16 août 1940 : *D.C.* 1941, p. 78, note A. LEBRUN
TGI Paris 31^{ème} ch. corr. 25 oct. 2002 : décision n°0206301288

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 1^{ère} section, 10 nov. 2004, *Achour c/ France* : *D.* 2005, p. 1203, note D. ROETS ; *D.* 2006, p. 53, note D. ZEROUKI-COTTIN ; *RSC* 2005, p. 659, obs. F. MASSIAS ; *JCP* 2005, I, 103, *Chron. Droits de l'homme*, obs. F. SUDRE, n°6
CEDH, gd ch., 29 mars 2006 : *D.* 2006, p. 2513, note D. ZEROUKI-COTTIN ; *RSC* 2006, p. 677, obs. F. MASSIAS ; *AJ pénal* 2006, p. 360, obs. C. SAAS ; *Dr. pén.* 2006, p. 375, obs. X. PIN ; *JCP G* 2006, I, 164, n°6 obs. F. SUDRE

B. La localisation de l'habitude dans l'espace

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 10 févr. 1900 : *DP* 1902, 1, p. 207
Cass. crim. 12 déc. 1935 : *S.* 1937, 1, p. 280
Cass. crim. 5 déc. 1947 : *Bull. crim.* n°247
Cass. crim. 19 avr. 1983 : *Bull. crim.* n°108

Cass. crim. 20 août 1991 : *Bull. crim.* n°310, *Dr. pén.* 1992, comm. 30, obs. M. VERON ; *RSC* 1992, p. 306, obs. A. Vitu
Cass. crim. 28 nov. 1996 : *Bull. crim.* n°437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, obs. M. VERON
Cass. crim. 22 mai 1997 : *Bull. crim.* n°198
Cass. crim. 29 janv. 2002 : *Bull. crim.* n°13

Section 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités procédurales

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 8 févr. 1821 : *Bull. crim.* n°27
Cass. crim. 2 juin 1855 : *D.* 1855, 1, p. 319
Cass. crim. 29 juill. 1875 : *Bull. crim.* n°239
Cass. crim. 7 juill. 1876 : *Bull. crim.* n°164
Cass. crim. 20 sept. 1888 : *Bull. crim.* n°295
Cass. crim. 6 déc. 1907 : *DP* 1910, 1, p. 53
Cass. crim. 15 mars 1919 : *S.* 1921, 1, p. 387
Cass. crim. 7 août 1950 : *Bull. crim.* n°235
Cass. crim. 3 févr. 1955 : *JCP* 1955, II, 8663
Cass. crim. 22 nov. 1956 : *Bull. crim.* n°772
Cass. crim. 23 juill. 1962 : *Bull. crim.* n°252
Cass. crim. 6 janv. 1970 : *Bull. crim.* n°11
Cass. crim. 27 juill. 1970 : *Bull. crim.* n°249
Cass. crim. 7 août 1971 : *Bull. crim.* n°245
Cass. crim. 13 févr. 1974 : *Bull. crim.* n°64

Cass. crim. 20 févr. 1979 : *Bull. crim.* n°74
Cass. crim. 9 juill. 1980 : *Bull. crim.* n°222
Cass. crim. 13 nov. 1980 : *JCP G* 1981, IV, p. 42
Cass. crim. 11 févr. 1981 : *Bull. crim.* n°56
Cass. crim. 12 nov. 1981 : *Bull. crim.* n°302
Cass. crim. 13 mars 1984 : *JCP* 1985, II, 20482, note J.-F. PANSIER
Cass. crim. 21 mars 1984 : *Bull. crim.* n°122
Cass. crim. 26 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 230
Cass. crim. 26 juill. 1988 : *Bull. crim.* n°305
Cass. crim. 18 févr. 1991 : *Bull. crim.* n°85
Cass. crim. 2 juill. 1991 : *Bull. crim.* n°290, *Dr. pén.* 1992, comm. 1, note M. VÉRON
Cass. crim. 3 avr. 1996 : *Bull. crim.* n°154
Cass. crim. 17 déc. 1997 : *Bull. crim.* n°434, *JCP* 1998, IV, 1946

Cass. crim. 30 sept. 1998 : Bull. crim. n°243
Cass. crim. 7 avr. 1999 : Bull. crim. n°71
Cass. crim. 3 mai 2000 : Bull. crim. n°177
Cass. crim. 13 sept. 2000 : inédit, pourvoi n°00-80183
Cass. crim. 20 sept. 2000 : Bull. crim. n°274, *Dr. pén.* 2001, chron. 14, C. MARSAT
Cass. crim. 21 nov. 2000 : Bull. crim. n°347
Cass. crim. 28 mai 2003 : Bull. crim. n°108
Cass. crim. 18 janv. 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 76, note A. MARON ; RPDP 2006, p. 615, note E. VERNY
Cass. crim. 16 janv. 2008 : Bull. crim. n°11
Cass. crim. 17 févr. 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 67, note M. VERON
Cass. crim. 21 juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-86363

Cour de cassation chambres réunies

Cass. ch. réunies. 4 nov. 1839 : *S.* 1839, 1, p. 929

Cour de cassation Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 20 mai 2011 (1^{ère}, 2^{ème} et 4^{ème} espèces) : *Dr. pén.* 2011, comm. 95, note J.-H. ROBERT

Juridictions du fond

CA Bourges 8 nov. 1979 : *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. p. 99

CA Paris 6 mai 1997 : BOCC 8 juill. 1997, p. 12

CA Douai 11 mars 2009 : *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n°10, obs. E. GARÇON

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 29 nov. 1995, décision n°95-D-76 relative à des pratiques constatées à l'occasion de marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil

TITRE 2 : L'INFLUENCE DU LIEN UNISSANT LES COMPORTEMENTS SUR LA SANCTION DE L'HABITUDE PENALE

Chapitre 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction de l'habitude pénale

Section 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales non judiciaires

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 9 juill. 1846 : Bull. crim. n°178
Cass. crim. 16 sept. 1853 : *S.* 1854, 1, p. 151
Cass. crim. 13 juill. 1888 : *D.* 1888, 1, p. 445, rapp. POULET ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2009, n°52
Cass. crim. 19 févr. 1898 : *DP* 1899, 1, p. 31
Cass. crim. 11 août 1899 : Bull. crim. n°252
Cass. crim. 8 oct. 1906 : Bull. crim. n°372 ; *DP* 1908, 1, p. 143
Cass. crim. 18 juill. 1908 : *S.* 1912, 1, p. 292
Cass. crim. 21 mai 1909 : Bull. crim. n°279
Cass. crim. 2 avr. 1925 : *S.* 1926, 1, p. 288
Cass. crim. 23 déc. 1927 : Bull. crim. n°315
Cass. crim. 12 déc. 1931 : Bull. crim. n°294
Cass. crim. 21 févr. 1936 : *RSC* 1936, p. 228, obs. J. MAGNOL
Cass. crim. 6 mai 1941 : Bull. crim. n°25
Cass. crim. 24 févr. 1943 : Bull. crim. n°18
Cass. crim. 24 oct. 1943 : Bull. crim. n°18
Cass. crim. 23 mars 1944 : Bull. crim. n°82

Cass. crim. 23 oct. 1946 : Bull. crim. n°185
Cass. crim. 27 févr. 1947 : Bull. crim. n°61 ; *D.* 1947, p. 211
Cass. crim. 31 déc. 1947 : Bull. crim. n°270
Cass. crim. 8 juill. 1948 : Bull. crim. n°191
Cass. crim. 10 févr. 1949 : *RSC* 1949, p. 337, obs. J. MAGNOL
Cass. crim. 15 déc. 1949 : Bull. crim. n°349, *D.* 1950, p. 94
Cass. crim. 5 mars 1953 : Bull. crim. n°83
Cass. crim. 26 janv. 1954 : *RSC* 1954, p. 756, obs. A. LEGAL
Cass. crim. 14 déc. 1955 : Bull. crim. n°569
Cass. crim. 9 oct. 1956 : Bull. crim. n°617 ; *D.* 1956, p. 742 ; *JCP* 1956, II, 9625
Cass. crim. 8 avr. 1957 : Bull. crim. n°343
Cass. crim. 28 nov. 1957 : Bull. crim. n°783
Cass. crim. 22 févr. 1961 : Bull. crim. n°115
Cass. crim. 16 oct. 1963 : Bull. crim. n°284
Cass. crim. 26 mai 1964 : Bull. crim. n°177 ; *RSC* 1965, p. 411, obs. A. LEGAL
Cass. crim. 12 mars 1968 : Bull. crim. n°83

Cass. crim. 27 avr. 1968 : *D.* 1968, p. 565, note P-J. DOLL
Cass. crim. 8 juin 1971 : Bull. crim. n°183
Cass. crim. 27 janv. 1972 : Bull. crim. n°36
Cass. crim. 5 janv. 1973 : Bull. crim. n°8
Cass. crim. 15 juin 1973 : Bull. crim. n°269
Cass. crim. 6 mai 1976 : Bull. crim., n°148
Cass. crim. 3 janv. 1979 : Bull. crim. n°3
Cass. crim. 9 juin 1982 : Bull. crim. n°155
Cass. crim. 22 juin 1983 : Bull. crim. n°193
Cass. crim. 16 mai 1984 : Bull. crim. n°182
Cass. crim. 19 juin 1984 : Bull. crim. n°231
Cass. crim. 2 oct. 1984 : *D.* 1985, IR, p. 131
Cass. crim. 17 juill. 1986 : Bull. crim. n°237
Cass. crim. 3 sept. 1986 : Bull. crim. n°256
Cass. crim. 10 mars 1987 : Bull. crim. n°119
Cass. crim. 26 janv. 1988 : Bull. crim. n°37
Cass. crim. 17 févr. 1988 : Bull. crim. n°81 ; *RSC* 1989, p. 498, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE
Cass. crim. 21 mars 1989 : Bull. crim. n°141 ; *RSC* 1990, p. 61, obs. A. VITU
Cass. crim. 13 juin 1989 : Bull. crim. n°255
Cass. crim. 19 juill. 1989 : Bull. crim. n°294 ; *RSC* 1990, p. 55, obs. A. VITU
Cass. crim. 15 nov. 1989 : Bull. crim. n°421
Cass. crim. 15 mars 1990 : inédit, pourvoi n°87-82456
Cass. crim. 6 févr. 1991 : Bull. crim. n°61
Cass. crim. 20 août 1991 : Bull. crim. n°310 ; *RSC* 1992, p. 306, obs. A. VITU
Cass. crim. 13 oct. 1992 : Bull. crim. n°321
Cass. crim. 10 janv. 1993 : Bull. crim. n°11, *RSC* 1994, p. 104, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 20 juill. 1993 : Bull. crim. n°248 ; *RSC* 1994, p. 325, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 22 févr. 1995 : Bull. crim. n°81 ; *RSC* 1996, p. 116, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 6 févr. 1996 : Bull. crim. n°61 ; *RSC* 1996, p. 851, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 10 avr. 1996 : Bull. crim. n°156 ; *RSC* 1997, p. 376, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 21 mai 1996 : *RSC* 1997, p. 101, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 26 sept. 1996 : Bull. crim. n°336 ; *RSC* 1997, p. 631, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 20 nov. 1996 : Bull. crim. n°418 ; *RSC* 1997, p. 631, obs. B. BOULOC
Cass. crim. 30 sept. 1997 : Bull. crim. n°315
Cass. crim. 2 oct. 1997 : *Dr. pén.* 1998, comm. 38, obs. J.-H. ROBERT
Cass. crim. 25 nov. 1997 : Bull. crim. n°401
Cass. crim. 17 mars 1998 : Bull. crim. n°102
Cass. crim. 19 janv. 1999 : Bull. crim. n°10

Cass. crim. 21 sept. 1999 : Bull. crim. n°191 ; *RSC* 2000, p. 200, obs. Y. MAYAUD, p. 386, obs. B. BOULOC et p. 407, obs. A. CERF
Cass. crim. 11 janv. 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 40, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2005, p. 300, obs. G. VERMELLE
Cass. crim. 13 sept. 2005 : Bull. crim. n°224 ; *RSC* 2006, p. 334, obs. A. CERF-HOLLANDER
Cass. crim. 26 oct. 2005 : Bull. crim. n°271 ; *AJ pénal* 2006, p. 43
Cass. crim. 29 mars 2006 : *AJ pénal* 2006, obs. G. ROYER ; *Dr. pén.* 2006, comm. 82, obs. M. VERON
Cass. crim. 11 mai 2006 : *AJ pénal* 2006, p. 359, obs. M. HERZOG-EVANS
Cass. crim. 16 mai 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 121, note J.-H. ROBERT
Cass. crim. 9 août 2006 : inédit, pourvoi n°06-84115 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 137, obs. M. VERON
Cass. crim. 19 sept. 2006 : inédit, pourvoi n°05-81309
Cass. crim. 3 mai 2007 : *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n°22, obs. V. PELTIER
Cass. crim. 13 juin 2007 : *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n°11, obs. V. PELTIER ; *AJ pénal* 2007, p. 424, obs. C. SAAS
Cass. crim. 21 mai 2008 : Bull. crim. n°129 ; *AJ pénal* 2008, p. 334 ; *Dr. pén.* 2009, chron. 3, n°25, obs. V. PELTIER
Cass. crim. 17 sept. 2008 : inédit, pourvoi n°08-82445
Cass. crim. 30 sept. 2008 : inédit, pourvoi n°08-85037
Cass. crim. 2 mars 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 66, note M. VERON
Cass. crim. 22 juin 2010 : Bull. crim. n°113

Cour de cassation chambres civiles

Cass. 1^{ère} civ. 10 juin 1987, 2 esp., Bull. civ. I, n° 185 et 186 ; *D.* 1989. Somm. 96, obs. A. BRUNOIS ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 511, note A. DAMIEN

Cour de cassation chambres réunies

Cass. ch. réunies, 7 juin 1842 : *S.* 1842, 1, 496, concl. DUPIN

Juridictions du fond

CA Dakar, 7 juill. 1955 : *D.* 1956, p. 64, note J. LARGUIER

Juridictions administratives

CE 7 déc. 1984 *Subrini* : D. 1985, IR, 364, obs. J. PENNEAU

Section 2 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales judiciaires

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 6 févr. 1823 : Bull. crim. n°21
Cass. crim. 9 juin 1826 : Bull. crim. n°110
Cass. crim. 18 nov. 1880 : Bull. crim. n°201
Cass. crim. 12 janv. 1882 : Bull. crim. n°6
Cass. crim. 6 nov. 1891 : Bull. crim. n°213
Cass. crim. 22 janv. 1997 : Bull. crim. n° 24
Cass. crim. 29 avr. 1997 : Bull. crim. n° 155
Cass. crim. 2 déc. 1998 : *Gaz. Pal.* 1999, 1, p. 69
Cass. crim. 11 oct. 2000 : inédit, pourvoi n° 00-81387
Cass. crim. 18 janv. 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 56, obs. J.-H. ROBERT
Cass. crim. 30 mai 2006 : Bull. crim. n°153
Cass. crim. 31 oct. 2006 : Bull. crim. n°267 ; D. 2006, IR 2945
Cass. crim. 31 janv. 2007 : Bull. crim. n°26
Cass. crim. 31 mai 2007 : *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n°6, obs. E. GARÇON ; *AJ pénal* 2007, p. 219, obs. M. NORD-WAGNER
Cass. crim. 30 janv. 2008 : *AJ pénal* 2008, p. 242, obs. M. HERZOG-EVANS
Cass. crim. 3 déc. 2008 : Bull. crim. n°245
Cass. crim. 16 déc. 2008 : Bull. crim. n°254 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 31 (2^{ème} esp.)
Cass. crim. 28 oct. 2009 : Bull. crim. n°181, *AJ pénal* 2010, p. 41, obs. M. HERZOG-EVANS
Cass. crim. 30 mars 2011 : inédit, pourvoi n°10-86806
Cass. crim. 1^{er} juin 2011 : inédit, pourvoi n°10-85709

Cour de cassation chambres civiles

Cass. soc. 17 déc. 1997, Bull. civ. V n°453 ; *Dr. soc.* 1998, p. 284, obs. A. JEAMMAUD
Cass. com. 13 mars 2001 : inédit, pourvoi n°99-12073
Cass. soc. 15 janv. 2002, Bull. civ. V n°13

Cass. com. 14 juin 2005 : inédit, pourvoi n°04-13498

Juridictions administratives

CE 6 sept. 1995, req. n°144028, *Commune de Lamentin*
CE 23 avr. 1997, req. n°134419, *M. Joseph X.*
CE 21 juin 2000, req. n°179218, *M. Max X.*
CAA Nantes 20 déc. 2002, req. n°01NT00010, *Commune de Cossé-le-Vivien*

Conseil constitutionnel

Cons. const. 29 août 2002, déc. n°2002-461 DC
Cons. constit. 2 mars 2004, déc. n°2004-492 DC ; *RSC* 2005, p. 122
Cons. const. 22 juillet 2005, déc. n°2005-520 DC
Cons. const. 9 août 2007, déc. n°2007-554 DC : *AJDA* 2008, p. 594, note A. JENNEQUIN ; *D.* 2008, p. 2025, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *RSC* 2008, p. 133, obs. B. DE LAMY
Cons. const. 29 sept. 2010, déc. n°2010-40 QPC : *RSC* 2011, p. 182, obs. B. DE LAMY ; *D.* 2010, p. 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *AJ pénal* 2010 p. 501, note J.-B. PERRIER ; *JCP G* 2010, p. 1149, note A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.* 2010, comm. 122, note J.-H. ROBERT et *Dr. pén.* 2011, chron. 2, n°3, obs. V. PELTIER
Cons. const. 10 mars 2011, déc. n°2011-625 DC ; *Constitutions* 2011, p. 223, note A. DARSONVILLE

Conseil de la concurrence

Cons. conc. 12 mars 2007, décision n° 07-D-08
Cons. conc. 15 oct. 2007, décision n°07-D-33

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 17 déc. 2009 : n°5335/06 – Défendeur : France, *D.* 2010, p. 93, note K. GACHI ; *RSC* 2010, p. 239, note D. ROETS

Chapitre 2 : L'influence du lien procédural sur la sanction de l'habitude pénale

Section 1 : Les justifications de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 8 juill. 1965 : Bull. crim. n°173

Cass. crim. 31 mars 2009 : inédit, pourvoi n°08-84898

Cass. crim. 6 avr. 2011 : inédit, pourvoi n°10-82357

Juridictions du fond

CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 20 sept. 2006 : n°06/00671

CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 27 juin 2007 : n°07/00266

CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 17 oct. 2007 : n°07/00583

CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 20 déc. 2007 : n°07/01156

CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 9 oct. 2008 : n°08/00486

CA Bordeaux 3^{ème} ch. corr. 5 nov. 2008 : n°08/00727

Cour de justice des communautés européennes

CJCE 8 févr. 2007, aff. C-3/06, Comm. CE c/ Danone

Section 2 : Les manifestations de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale

Cour de cassation chambre criminelle

Cass. crim. 10 mai 2005 : inédit, pourvoi n°04-85743

Cass. crim. 29 janv. 2008 : inédit, pourvoi n°07-84326

Cass. crim. 6 mai 2008 : inédit, pourvoi n°07-87022

Cass. crim. 20 oct. 2010 : inédit, pourvoi n°09-85361

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

– A –

Abandon de famille : 79
Abrogation de la loi pénale : 301 et s.
Abus de biens sociaux : 203
Abus de confiance : 44, 170
Abus de faiblesse : 203
Administration de substances nuisibles : 16, 172, 447
Appels téléphoniques malveillants : 111, 154, 172, 211, 427
Action publique :
– cause : 127 et s.
– chose jugée : 334 et s.
– déclenchement : 394 et s.
– prescription : 318 et s.
Ajournement du prononcé de la peine : 252
Agressions et atteintes sexuelles : 170
Amende : 444
Amnistie : 305 et s.
Analogie : 148 et s.
Assimilation d'infractions : v° *Récidive*
Avertissement solennel de la justice : 496 et s.
Avortement : v° *Interruption de grossesse*

– B –

Blanchiment : 16, 77, 84, 159, 170, 294, 362, 448
Bonnes mœurs : 7

– C –

Casier judiciaire : 18, 275
Causalité
– objective : 191 et s.

– subjective : 196 et s.

Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable : 14, 427

Circonstance aggravante

– de concours : 450
– d'habitude : v° *Circonstance aggravante d'habitude*
– de récidive : v° *Récidive*
– mixtes : 345
– personnelles : 345
– réelles : 345

Circonstance aggravante d'habitude

– amnistie : 313
– analogie entre les infractions : 158 et s.
– coaction : 345
– chose jugée : 340
– complicité : 354, 360
– compétence matérielle : 418
– compétence territoriale : 410
– conception : 62 et s.
– déclenchement de l'action publique : 399
– définition : 15
– délai maximum entre les infractions : 222
– délai minimum entre les infractions : 208 et s.
– historique : 15
– liste : 16
– localisation dans l'espace : 391
– localisation dans le temps : 378
– nombre maximum de comportements : 135
– nombre minimum de comportements : 98
– prescription : 330 et s.
– sanction : 448 et s.
– tentative : 294
– victime : 160

Chantage : 170

Chose jugée : v° *Action publique*

Coaction : 344 et s.

Combat de coqs : 7

Commerçant : 8, 88

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 245

Compétence :

- matérielle : 412 et s.
- territoriale : 402 et s.

Complicité : 159, 347 et s.

Composition pénale : 244, 317, 502

Concomitance : 64, 206 et s., 346, 356, 452

Concours réel d'infractions :

- amnistie : 312
- chose jugée : 339
- compétence matérielle : 417
- compétence territoriale : 406 et s.
- cumul matériel des peines : 430, 441 et s.
- cumul juridique des peines : 432, 440 et s., 446 et s.
- déclenchement de l'action publique : 399
- définition : 20
- délai maximum entre les infractions : 222
- hétérogène : 64, 180, 242 et s.
- homogène : v° *Circonstance aggravante d'habitude*
- localisation dans l'espace : 391
- localisation dans le temps : 377
- nombre maximum de comportements : 134
- nombre minimum de comportements : 98
- non-cumul des peines : 20, 431, 436 et s.
- prescription : 328

Condamnation pénale :

- à l'étranger : 272 et s., 390 et s., 446
- amnistiée : 264
- graciée : 265
- irrévocable : 261 et s.
- non avenue : 220, 267 et s.
- notion de : 242 et s.
- réhabilitée : 266

Condition préalable : 40 et s.

Conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou de stupéfiants : 171

Confusion des peines : 439 et s.

Connexité : 407 et s.

Consultation habituelle d'un service de communication en ligne mettant à disposition des images de mineurs à caractère pornographique : 14

Contrefaçon en matière littéraire ou artistique : 16, 116

Corrélation : 64, 195, 203, 452

Courses de taureaux : 7

Coutume : 6

Criminalité : v° *Délinquance*

Cumul idéal de qualifications : 99

– D –

Dangerosité :

- notion : 24
- dérivées : 25

Défaut de notification de changement de résidence : 52

Défaut habituel de titre de transport : 14, 103

Délinquance :

- d'habitude : v° *Habitude criminelle*
- homotrope : 22, 422
- multioccasionnelle : 93, 214, 422
- polytrope : 22, 422

Démarchage bancaire et financier : 427

Démarchage en vue de faire engager une procédure de divorce : 14

Dessein criminel : v° *Causalité subjective*

Dispense de peine : 249 et s.

Droit de correction : 7

Droits de la défense : 414 et s.

– E –

- Élément constitutif d'une infraction** : 31, 40 et s.
- Entremise en vue de l'adoption** : 16, 115, 194, 448
- Escroquerie** : 170, 172, 203
- Evasion** : 172, 194, 442
- Excitation habituelle des mineurs à la débauche** : 14, 105, 296, 353
- Exercice illégal** :
- de l'activité de gestion de portefeuille : 14
 - de l'activité de fourniture de services d'investissements : 14, 156
 - de l'art dentaire : 14
 - de la médecine : 14, 307
 - de la profession d'agent sportif : 14
 - de la profession d'avocat : 14, 109, 192
 - de la profession d'expert-comptable : 14
 - de la profession de banquier : 14, 156, 373
 - de la profession de sage-femme : 14
 - des arts divinatoires : 14
- Exhibition sexuelle** : 7
- Exploitation de la mendicité habituelle** : 49, 172
- Exploitation de la vente à la sauvette habituelle** : 50
- Exploitation sur la voie publique de jeux illicites** : 14
- Extorsion** : 170

– F –

- Falsifications** : 7
- Faux** : 16, 159, 294, 448
- Filouterie** : 173
- Fichier national automatisé des empreintes génétiques** : 249

– H –

- Habitude** :
- collective : v° *Coutume*
 - criminelle : 1, 22 et s., 86
 - définition philosophique : 4
 - définition psychologique : 3
 - en droit commercial : 8 (v. aussi *Commerçant*)
 - en droit de la concurrence : v° *Réitération (droit de la concurrence)*
 - en droit de la famille : 8
 - en droit de la responsabilité civile : 8
 - en droit des biens : 8
 - en droit des contrats : 8
 - en droit des personnes : 8
 - en droit fiscal : 8
 - en droit social : v° *Récidive disciplinaire*
 - en droit de la fonction publique : v° *Récidive disciplinaire*
 - individuelle : 8 et s.
 - non punissable : 21, 119
- Harcèlement moral au sein du couple** : 113, 211
- Harcèlement moral professionnel** : 112, 154, 211, 229, 374
- Harcèlement sexuel** : 114, 211
- Homicide par imprudence** : 170

– I –

- Immunité familiale** : 316
- Infraction** :
- à l'élément matériel réitéré : 110 et s., 154 et s., 211, 374
 - complexe : 72
 - continue : 78 et s., 374
 - continuée : 197
 - d'habitude : v° *Infraction d'habitude*
 - d'occasion : 40 et s.
 - d'omission : 75

- de résultat : 159 et s.
- formelle : 84
- matérielle : 84
- militaire : 271
- obstacle : 84
- sérielle : 407

Infraction d'habitude :

- amnistie : 306 et s.
- analogie : 153 et s.
- chose jugée : 337 et s.
- coaction : 344
- compétence matérielle : 412
- compétence territoriale : 404
- complicité : 349 et s., 358
- dangerosité : 13, 106
- déclenchement de l'action publique : 395 et s.
- définition : 13
- délai maximum entre les actes : 226 et s.
- délai minimum entre les actes : 210
- liste : 14
- localisation dans l'espace : 386 et s.
- localisation dans le temps : 370 et s.
- nombre maximum d'actes : 124 et s.
- nombre maximum d'actes : 103 et s.
- politique criminelle : 427
- prescription : 319 et s.
- sanction : 425
- tentative : 296 et s.
- victime : 155 et s.

Indivisibilité :

- des infractions : 407
- des peines : 438

Inobservation des obligations du suivi socio-judiciaire : 442

Interdiction de séjour : 194

Intermédiaire en matière d'adoption : v°
Entremise en matière d'adoption

Interruption de grossesse : 15, 16, 116, 448

– L –

Légalité criminelle : 7, 23, 26, 86, 108, 176

Libération conditionnelle : 219

Localisation de l'habitude :

- dans l'espace : 385 et s.
- dans le temps : 366 et s.

– M –

Manifestation illicite : 173

Menaces : 111, 154, 211

Mendicité : v° *Exploitation habituelle de la mendicité*

Messages contraires à la décence : 7

Mesures éducatives : 254

Mineur (auteur) : 36, 476, 481, 491 et s.

Multirécidive : 137, 164, 174, 479, 513

Multiréitération : 140, 513

– N –

Ne bis in idem : 62, 92, 99, 117, 138

Non-cumul des peines : v° *Concours réel d'infractions*

Non-justification de ressources : 51, 120, 159

– O –

Opinio juris seu necessitatis : 6

Organisation frauduleuse de l'insolvabilité : 442

– P –

Pari habituel sur les courses de chevaux : 14, 427

Peines planchers

- majeurs : 484 et s.
- mineurs : 491 et s.

Placement sous surveillance électronique

– mobile : 24

Plainte préalable : 316

Prescription de l'action publique : 221 et s., 318 et s.

Profession : 8

Prostitution :

- définition : 46 et s.
- tolérance habituelle de la : v° *Tolérance habituelle de la prostitution*
- recours à la prostitution de mineurs : v° *Recours à la prostitution de mineurs*

Provocation :

- de majeurs : 427
- de mineurs : 21, 53 et s.

Proxénétisme : 21, 47, 120, 170, 172

– R –

Rébellion : 172, 441

Recel : 16, 170, 294, 362, 447

Recel de malfaiteurs : 16, 294, 427, 448

Récidive (administrative) : 17, 92, 202, 237, 240

Récidive (disciplinaire) :

- en droit de la fonction publique : 17, 237, 463
- en droit social : 17, 166, 224, 463

Récidive (pénale) :

- amnistie : 309 et s.
- assimilation d'infractions : 168 et s.
- coaction : 345
- complicité : 355
- conception : 92
- chose jugée : 335
- compétence matérielle : 413 et s.
- compétence territoriale : 405
- définition : 17
- dans l'espace : 390
- dans le temps : 379 et s.
- d'infraction d'habitude : 72
- générale : 181 et s.

– historique : 18

– multi : v° *Multirécidive*

– peines complémentaires : 460

– peines de substitution : 460

– peines obligatoires : 475 et s.

– peines planchers : v° *Peines planchers*

– peine principale : 461 et s.

– perpétuelle : 232 et s.

– prescription : 324 et s.

– spéciale : 161 et s., 183

– temporaire : 214 et s.

– tentative : 290 et s.

– termes : 66, 90 et s.

Récidivisme : 19, 468, 469

Recours à la prostitution de mineurs : 16, 294, 448

Refus de se soumettre à un prélèvement biologique : 442

Refus de se soumettre au dépistage d'une maladie sexuellement transmissible : 442

Réitération (droit de la concurrence) : 97, 165, 236, 255, 263, 415, 470

Réitération (droit pénal spécial) : v° *Infraction à l'élément matériel réitéré*

Réitération d'infractions :

- analogie : 179
- chose jugée : 335
- compétence matérielle : 416
- compétence territoriale : 405
- définition : 19
- délai maximum entre les infractions : 235
- historique : 19
- localisation dans l'espace : 390
- localisation dans le temps : 379
- multi : v° *Multiréitération*
- nombre minimum d'infractions : 95 et s.
- sanctions : 467 et s.
- tentative : 293

Relations habituelles : 8, 21, 51

Résidence habituelle : 8, 21, 40

Rétention de sûreté : 24

Rupture de ban : 194

– S –

Saisine *in rem* : 338, 412 et s.

Sanctions administratives : 254

Sanctions éducatives : 254

Sursis : 220, 477 et s., 502

– T –

Tentative : 81 et s., 159, 288 et s.

Tenue d'une maison de prêt sur gage : 427

Territorialité : 387

Three strikes and you're out : 482, 487

Tolérance habituelle de la prostitution : 14, 48,
75

Tortures et actes de barbarie : 16, 294, 448

Tradition locale ininterrompue : 7

Traite des êtres humains : 170, 172, 362

Transaction : 246, 317

Trafic de points : 16, 448

Tromperies : 7

– U –

Usages : v° *Coutume*

Usage de faux : 16, 448

Usure : 321

Usurpation d'état civil : 442

– V –

Vente à la sauvette : 50

Viol : 450

Violences :

– circonstance aggravante de : 172

– habituelles sur mineur de quinze ans ou
personne vulnérable : 16, 57, 159, 449, 486

– involontaires : 171

– légères : 7

Vol : 170, 203

TABLE DES MATIERES

Résumé de la thèse	7
Liste des principales abréviations.....	9
Sommaire.....	11
INTRODUCTION	13
PREMIERE PARTIE : LA NOTION D’HABITUDE PENALE	45
TITRE 1 : LES COMPORTEMENTS REPETES, ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L’HABITUDE PENALE	49
Chapitre 1 : L’indifférence à la nature des comportements répétés	51
Section 1 : L’indifférence à la licéité des comportements répétés	51
§ 1 : La répétition de comportements licites	52
A. La distinction entre élément constitutif et condition préalable.....	53
1. Présentation de la distinction	54
2. Application de la distinction	56
a) Infractions liées à la prostitution.....	56
b) Autres exemples	60
B. Les comportements licites objet d’une provocation	64
§ 2 : La répétition de comportements illicites.....	66
A. L’identification du comportement illicite	66
B. La diversité des cas de répétition de comportements illicites.....	69
1. La répétition d’infractions non séparées par une condamnation.....	70
a) Le rejet de la conception de la circonstance aggravante d’habitude	70
b) La préférence pour la conception du concours réel particulier	71
2. La répétition d’infractions séparées par une décision de condamnation.....	74
Section 2 : L’indifférence au contenu des comportements répétés	78
§ 1 : L’indifférence à la matérialité du comportement	78
A. L’indifférence à l’acte	78
1. L’indifférence à la structure du comportement.....	79
2. L’indifférence aux modalités d’exécution	80
a) L’indifférence à la nature de l’acte accompli	81

b) L'indifférence à la durée de l'acte.....	83
B. L'indifférence au résultat.....	85
1. L'indifférence à l'existence du résultat.....	85
2. L'indifférence à la nature du résultat	87
§ 2 : L'indifférence à la psychologie de l'agent	88
Conclusion du Chapitre 1	90
Chapitre 2 : L'importance du nombre de comportements répétés.....	91
Section 1 : La suffisance de deux comportements	92
§ 1 : Une règle légale en matière d'habitude matérielle	93
A. En matière de récidive	93
1. La suffisance de deux infractions.....	94
2. L'obligation de relever la récidive dès la seconde infraction	96
B. En matière de réitération.....	98
C. En matière de concours réel d'infractions	101
§ 2 : Une règle jurisprudentielle en matière d'habitude formelle	105
A. Une solution classique en matière d'infraction d'habitude	105
1. Présentation de la règle	106
2. L'inefficacité de la règle comme critère de l'infraction d'habitude	109
a) Le principe de la mention expresse de l'habitude	110
b) Les infractions sans condition d'habitude	111
B. Une solution reproduite en matière de concours réel homogène.....	117
C. Une solution inapplicable à l'habitude non punissable.....	118
Section 2 : La possibilité de commettre des comportements supplémentaires	121
§ 1 : L'ensemble formé de comportements non punissables	121
A. L'impossible pluralité en présence de trois comportements	122
B. Le rejet de la pluralité en présence de quatre comportements ou plus	123
§ 2 : L'ensemble formé de comportements punissables	128
A. L'ensemble formé d'infractions non punies	128
B. Les comportements punis	130
1. La multirécidive	131
2. La multiréitération.....	132
Conclusion du Chapitre 2	134
Conclusion du Titre 1	135

TITRE 2 : LE LIEN ENTRE LES COMPORTEMENTS, ELEMENT QUALIFIANT DE L'HABITUDE PENALE	137
.....	137
Chapitre 1 : Le lien substantiel, condition générale de l'habitude pénale	139
Section 1 : Un lien qualitatif	139
§ 1 : L'existence d'un lien d'analogie entre les comportements	140
A. L'analogie tenant à la qualification des comportements	140
1. L'analogie absolue	141
a) L'analogie absolue dans les habitudes formelles	141
α) L'infraction d'habitude	142
β) Le concours homogène aggravant	149
b) Les cas d'analogie absolue en matière de récidive	154
c) Les cas d'analogie absolue en dehors de l'habitude pénale	157
2. L'analogie relative	160
a) L'assimilation légale d'infractions	160
α) Présentation de la technique d'assimilation	161
β) Critiques de l'assimilation	168
b) Une analogie de fait	170
B. Analogie par la gravité du comportement	172
1. Les fondements de la répression de la récidive générale	172
2. Les cas de récidive générale	173
a) La récidive générale des personnes physiques	173
b) La récidive générale des personnes morales	175
§ 2 : L'absence de lien de causalité entre les comportements	176
A. L'absence de causalité objective	177
1. L'absence de causalité entre comportements licites	177
2. L'absence de causalité entre comportements illicites	178
a) En présence d'une condamnation pénale	179
b) En l'absence de condamnation pénale	180
B. L'indifférence à la causalité subjective	181
1. En matière de comportements licites	183
2. En matière de comportements illicites	184
Section 2 : Un lien temporel	188
§ 1 : Le délai minimum entre les comportements	188
A. Comportements punissables isolément	189

B. Comportements non punissables isolément	191
§ 2 : Le délai maximum entre les comportements	195
A. L'existence d'un délai	195
1. La fixation expresse d'un délai dans la récidive temporaire	195
a) La durée du délai	196
b) Le régime du délai	197
2. L'application des règles de prescription de l'action publique	200
B. L'absence de délai	203
1. L'absence de délai dans l'infraction d'habitude	203
2. L'absence de délai dans certaines habitudes comportant un lien de condamnation	206
a) L'absence de délai dans la récidive perpétuelle	206
b) L'absence de délai dans la réitération d'infractions	208
3. L'absence de délai dans certaines habitudes extrapénales	209
Conclusion du Chapitre 1	211
Chapitre 2 : Le lien procédural, condition particulière de l'habitude pénale	213
Section 1 : La notion de condamnation pénale	214
§ 1 : Le caractère juridictionnel de la décision de condamnation	215
§ 2 : Le contenu de la décision de condamnation	217
A. L'insuffisance d'une simple déclaration de culpabilité	217
1. La dispense de peine	219
2. L'ajournement du prononcé de la peine	221
B. La nécessité d'une peine	222
1. L'existence d'une peine	222
2. L'identification de la peine	224
Section 2 : Les condamnations prises en compte pour la caractérisation des habitudes pénales judiciaires	227
§ 1 : Les conditions relatives à la décision de condamnation	227
A. Une condamnation irrévocable	227
B. Une condamnation non effacée	231
1. La condamnation graciée	232
2. La condamnation réhabilitée	232
3. La condamnation non avenue	233

§ 2 : Les conditions relatives à la juridiction ayant prononcé la condamnation	235
A. La nature de la juridiction.....	235
B. Une juridiction française ou d'un Etat membre de l'Union Européenne.....	236
Conclusion du Chapitre 2	241
Conclusion du Titre 2	243
Conclusion de la première partie	245
SECONDE PARTIE : LA REPRESSION DE L'HABITUDE PENALE	247
TITRE 1 : L'INFLUENCE DE LA REPETITION DE COMPORTEMENTS SUR LE REGIME JURIDIQUE DE L'HABITUDE PENALE	251
Chapitre 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de répression de l'habitude pénale.....	253
Section 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions de fond.....	254
§ 1 : L'influence de la pluralité de comportements sur l'incrimination de la tentative	254
A. L'incrimination de la tentative des infractions formant une habitude.....	255
1. Cas de la circonstance aggravante de récidive	255
2. Cas des habitudes non circonstances aggravantes	258
B. L'incrimination de la tentative d'infraction d'habitude.....	260
§ 2 : L'influence de la pluralité de comportements en cas de neutralisation a posteriori d'une infraction.....	264
A. L'influence de la pluralité de comportements en cas d'abrogation d'une incrimination.....	264
B. L'influence de la pluralité en cas d'amnistie	266
1. L'amnistie de l'habitude formée de plusieurs comportements licites.....	266
2. L'amnistie des habitudes formées de plusieurs infractions.....	268
a) Amnistie et récidive	268
b) Amnistie et habitudes non constitutives d'une circonstance aggravante	270
Section 2 : L'influence de la pluralité de comportements sur les conditions procédurales	276
§ 1 : L'influence de la pluralité de comportements en cas de prescription de l'action publique	277
A. La prescription de l'infraction d'habitude	278
B. La prescription des habitudes formées de plusieurs infractions	281
1. En présence d'une condamnation pénale	281

2. En l'absence de condamnation.....	283
a) Concours réel général	283
b) Concours homogène aggravant	284
§ 2 : L'influence de la pluralité de comportements en cas de chose jugée.....	286
A. Habitudes pénales judiciaires	287
B. Habitudes pénales non judiciaires.....	288
1. L'infraction d'habitude	288
2. Les concours réels	290
Conclusion du Chapitre 1	293
Chapitre 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de sa répression.....	
Section 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités de fond	295
§ 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de participation	295
A. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la coaction.....	296
B. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur la répression de la complicité .	300
1. La suffisance d'un seul acte de complicité	300
a) En matière d'infraction d'habitude.....	300
b) En matière d'habitude formée de plusieurs infractions.....	305
2. Les conditions de la complicité.....	307
a) En matière d'infraction d'habitude.....	308
b) En matière d'habitudes formées de plusieurs infractions.....	310
C. La participation à une infraction dépendante.....	311
§ 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur sa localisation	313
A. La localisation de l'habitude dans le temps.....	313
1. En l'absence de condamnation.....	315
a) Habitude composée de comportements non punissables.....	315
b) Habitude composée de plusieurs infractions	319
2. En cas de condamnation.....	321
a) Modification du mécanisme de la récidive ou création d'un nouveau cas de récidive.....	322
b) Modification d'une incrimination ou d'une peine.....	326
B. La localisation de l'habitude dans l'espace	327
1. Une application absolue à l'infraction d'habitude	328

2. Une application relative pour les habitudes formées de plusieurs infractions.....	330
Section 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les modalités procédurales	
.....	333
§ 1 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de poursuite	333
A. La mise en mouvement de l'action publique ayant pour objet la répression d'une infraction d'habitude	334
B. Les habitudes composées d'une pluralité d'infractions.....	336
§ 2 : L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de compétence juridictionnelle	338
A. L'influence de l'unité juridique sur les règles de compétence territoriale	338
1. En matière d'infraction d'habitude	339
2. En matière d'habitudes formées de plusieurs infractions	340
a) Concours réel général	341
b) Concours homogène aggravant	345
B. L'influence de l'unité juridique de l'habitude sur les règles de compétence matérielle	346
1. En présence d'une circonstance aggravante.....	347
2. En l'absence de circonstance aggravante	351
Conclusion du Chapitre 2	354
Conclusion du Titre 1	357
TITRE 2 : L'INFLUENCE DU LIEN UNISSANT LES COMPORTEMENTS SUR LA SANCTION DE L'HABITUDE PENALE	359
Chapitre 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction de l'habitude pénale	361
Section 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales non judiciaires	363
§ 1 : L'influence du lien substantiel sur la sanction de l'infraction d'habitude.....	363
§ 2 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des concours réels d'infractions..	367
A. Les manifestations de l'influence du lien substantiel sur la sanction des concours réels.....	367
1. Les différents systèmes de règlement du concours réel d'infractions.....	368
2. L'influence du lien d'analogie sur le choix du système.....	371
a) Le choix du non-cumul des peines pour le concours hétérogène	371
α) Le principe du non-cumul des peines	371

β) Les exceptions au principe de non-cumul des peines	376
b) Le choix du cumul juridique pour le concours homogène	380
α) La sanction aggravée du concours homogène.....	381
β) Absence de spécificité du cumul juridique des peines.....	386
B. Les conséquences de l'influence de ce lien substantiel <i>de lege ferenda</i>	388
Section 2 : L'influence du lien substantiel sur la sanction des habitudes pénales judiciaires	391
§ 1 : L'influence du lien substantiel sur le maximum de la peine encourue.....	392
A. L'aggravation de peine résultant de la récidive	392
B. La réitération d'infraction non constitutive d'une circonstance aggravante.....	399
§ 2 : L'influence du lien substantiel sur l'individualisation de la peine	404
A. L'influence sur la nature de la peine	405
1. En présence d'une seule condamnation	405
2. En présence de plusieurs condamnations	408
B. L'influence sur la mesure de la peine	411
1. La disparition de l'influence pour les majeurs.....	412
a) Vers le rétablissement de l'équilibre entre récidiviste et réitérant	412
b) Appréciation de cette évolution.....	415
2. Le maintien de l'influence pour les mineurs.....	417
Conclusion du Chapitre 1	420
 Chapitre 2 : L'influence du lien procédural sur la sanction de l'habitude pénale	423
Section 1 : Les justifications de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale	423
§ 1 : Présentation du fondement classique de l'influence de la condamnation	424
§ 2 : Appréciation du fondement classique de l'influence de la condamnation	425
A. Les critiques politiques	426
B. Les critiques techniques	427
Section 2 : Les manifestations de l'influence de la condamnation sur la sanction de l'habitude pénale	431
§ 1 : L'influence de la condamnation sur la sanction de chaque habitude	431
A. L'influence de la condamnation unique	431
1. L'influence sur les habitudes au lien substantiel de forte intensité.....	432
2. L'influence sur les habitudes au lien substantiel de faible intensité	433

Table des matières

B. L'influence de la pluralité de condamnations.....	436
§ 2 : L'influence de la condamnation sur la sanction de plusieurs habitudes.....	440
A. L'influence de l'état de récidive sur la sanction du concours réel	440
B. L'influence de l'état de réitération sur la sanction du concours réel	443
Conclusion du Chapitre 2	446
Conclusion du Titre 2	449
Conclusion de la seconde partie	451
Conclusion générale de la thèse.....	453
BIBLIOGRAPHIE.....	463
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	481
INDEX ALPHABETIQUE	501
TABLE DES MATIERES.....	507