

# L'ÉVOLUTION DU CODE PÉNAL FRANÇAIS

Par

Gaëtan DI MARINO

*Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III (France)  
Centre de recherches en matière pénale Fernand Boulan*

Le record de longévité du Code civil, et la vitalité dont il fait preuve après 200 années d'existence, comble d'aise le civiliste. Il n'y a pas si longtemps encore le pénaliste pouvait s'inscrire dans la lignée de ce record. Il possédait, lui aussi, avec le Code pénal de 1810, un code Napoléonien, fruit des travaux d'une commission composée de juristes éminents : Vieillard, Target, Oudart, Treillard et Blondel. Mais aussi et surtout, ce code avait la particularité d'être le plus vieux Code pénal d'Europe et d'avoir servi de modèle à la plupart des codes européens (code belge, code espagnol, code allemand, code hongrois, code hollandais, code Italien, code norvégien) mais aussi à des codes de pays plus lointains (Égypte, Japon). La France, écrivait pompeusement Laborde, « marchait à la tête de tous les peuples par sa législation pénale » (1).

L'engouement fut en réalité de courte durée, car, au fur et à mesure de la promulgation de ces codes étrangers, il est apparu, triste réalité, que ces codes étaient d'une qualité bien supérieure au texte qui leur avait servi de base. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dès 1886, une commission ait été chargée de le réformer. Elle rédigea la partie générale contenant 112 articles, mais la résistance de la doctrine française au positivisme qui avait inspiré ce travail fit capoter le projet (2).

En 1910, on fêta le centenaire du Code pénal lors d'une séance de la Société des prisons, mais de manière très discrète. Aucun membre du gouvernement n'y participait, et à l'ordre du jour de cette séance figuraient également d'autres questions (3).

Par décret du 23 décembre 1930, une nouvelle commission de révision fut nommée. La présidence en était confiée au Procureur général près la Cour de cassation Paul Matter. Y siégeaient notamment Hugueney et Donnedieu de Vabres. Cette commission élaborait un avant-projet de la partie générale du code soumis par la suite à la discussion des juridictions et des Facultés. Ce projet, déposé sur le bureau de la chambre des députés le 15 mai 1934, puis redéposé à la législature suivante le 17 juin 1938, ne vit pas le jour, la guerre ayant mis un terme à son examen (4).

(1) A. Laborde, Précis de droit pénal français, 3e éd p. 31 n° 50.

(2) Revue pénitentiaire 1893, p. 151.

(3) Revue pénitentiaire 1910, p. 905.

(4) Hugueney et Donnedieu de Vabres, RSC 1936, p. 2 – Travaux de la commission de révision de législation pénale (Melun 1934), texte des travaux in Revue internationale de droit pénal 1932 p. 251 – Rapport Donnedieu de Vabres GP 5 janvier 1933 – Garraud : Rapport sur L'avant-projet de code pénal, Annales universitaires de Lyon Fasc. 44, 1933, p. 52 – Magne : L'avant projet de révision du code pénal français, Paris 1934 – Matter : L'évolution du droit criminel en France pendant le siècle

La question de la réforme demeurait cependant à l'ordre du jour, une fois la guerre passée, comme devait le rappeler en 1960 le Procureur général Besson à l'occasion du cent cinquantième du code (5). Une nouvelle tentative de réforme eut lieu le 28 novembre 1968 avec la création au Ministère de la justice d'un conseil de législation pénale qui entama l'étude de l'élément légal, mais dont les travaux ne virent jamais le jour.

C'est finalement un décret du 8 novembre 1974 du Président Valéry Giscard d'Estaing, instituant auprès du Ministre de la justice une commission de révision du code pénal, qui marqua le point de départ de la réforme du Code pénal de 1810. Cette commission alors présidée par Maurice Aydalot, Premier président honoraire de la Cour de cassation, devait déposer l'avant projet de révision de la partie générale du Code pénal le 6 juillet 1976 sur le bureau du Garde des sceaux. Ce dernier organisa alors une consultation très large, à la suite de laquelle fut établi un avant projet définitif qui lui fut remis le 2 juin 1978.

Suite au changement politique intervenu en mai 1981, la composition de la commission fut remaniée et Monsieur Robert Badinter en prit la présidence. Fin 1985, un projet composé de 3 livres (livre I : dispositions générales, livre II : crimes et délits contre les personnes, livre III : crimes et délits contre les biens) fut publié et soumis à la Cour de cassation. Le 20 février 1986, le projet était déposé au Sénat. C'est ce projet qui devait aboutir au Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994.

Il est donc clair que l'abandon du Code pénal de 1810 n'est pas le fruit du hasard, mais l'aboutissement d'un long processus de maturation. Alors que le Code civil semblait échapper aux rides des années, le Code pénal apparaissait comme « un vieil homme buriné par le temps » (6). Lorsque la page fut tournée en 1994, il n'y eut personne pour s'en étonner ou s'en émouvoir. Ce n'était que le dernier épisode de la chronique d'une mort annoncée depuis longtemps. De nombreuses raisons militaient il est vrai, ainsi qu'on va le voir, en faveur de l'adoption d'un nouveau texte (I). Il reste cependant à savoir si ce nouveau texte a su tirer les leçons du passé et opérer des choix susceptibles d'assurer à la nouvelle législation une qualité telle qu'elle assure au texte une certaine longévité ou à tout le moins une certaine pérennité (II).

## I – LES CAUSES DE LA RÉFORME PÉNALE

On ne peut s'empêcher en présence de 2 codes contemporains, le Code civil de 1804, et le Code pénal de 1810, l'un qui, bon pied, bon œil se maintient fermement, l'autre qui, usé, quitte la scène juridique, de s'interroger sur le secret de jouvence de l'un, et sur les causes de la fin de l'autre. Certes, le droit comparé nous enseigne que la législation civile a toujours bénéficié d'une plus longue durée de vie que la législation pénale, mais cette réponse stéréotypée n'est pas pleinement satisfaisante. Il y a, au delà d'un certain fatalisme, des raisons plus profondes à ce phénomène.

À y regarder de plus près, on constate au sein de la doctrine qu'un certain consensus se dégage pour expliquer le caractère inéluctable de l'abandon du Code pénal de 1810. C'est tout d'abord dans le texte lui-même du code que l'on situe généralement le nœud du problème. La qualité d'un texte n'est pas étrangère à son

dernier et le nouveau projet de code pénal, RDP 1937 p. 172 et stes – Cours de doctorat par Huguency, Faculté de droit de Paris 1934-1937.

(5) RSC 1960 p. 412.

(6) Jean Pradel « L'avant-projet de Code pénal » (partie générale) D 1977, I, 116.

avenir, le Code civil est là pour le démontrer. Mais c'est aussi de sa capacité d'adaptation au temps que cet avenir se joue.

## A – Le texte du Code pénal de 1810

Point n'est besoin de chercher bien loin pour mettre en évidence les faiblesses du Code pénal de 1810. Elles sautent aux yeux dès la première lecture. Ce code n'était satisfaisant ni sur le plan technique, ni sur le plan conceptuel.

### a- Les faiblesses techniques

Dès l'instant où l'on se réfère au plan général du code, on constate un défaut majeur d'architecture d'ensemble. L'ouvrage est divisé en 4 livres :

- Livre I : des peines en matière criminelle et correctionnelle et de leurs effets

- Livre II : des personnes punissables, excusables, ou responsables pour crimes ou pour délits

- Livre III : des crimes, des délits et de leur punition

- Livre IV : contraventions de police et peines

Comment peut-on envisager la sanction (Livre I) avant même d'avoir défini la personne punissable (Livre II). L'ordre dans lequel les matières sont traitées est un défi à la logique la plus élémentaire.

Plus grave encore, comment peut-on traiter d'un côté des crimes, et délits dans les Livres I, II et III, et des contraventions dans le Livre IV en concentrant dans le premier bloc toutes les règles relevant de la partie générale et en édulcorant ces règles dans le second bloc : ainsi, à titre d'exemple, le juriste qui voulait connaître le régime des contraventions commises sous l'emprise de la démence devait se reporter au texte relatif aux crimes et délits !

Au delà de la structure d'ensemble, c'est la répartition traditionnelle et logique entre les différentes branches du droit pénal qui est remise en cause. Tout d'abord, la répartition entre lois pénales de fond et lois pénales de forme : ainsi les dispositions de fond relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace, au cumul des peines et à la prescription des peines ne se trouvent pas dans le Code pénal, mais dans le code d'instruction criminelle. En second lieu, la répartition entre le droit pénal spécial et le droit pénal général n'est pas respectée : ainsi les faits justificatifs (légitime défense, ordre de la loi) et l'excuse de provocation ne sont pas traités dans les dispositions générales mais, incidemment, dans la partie réservée au droit pénal spécial, à propos des seuls homicides et des coups et blessures.

Ces faiblesses de structure sont d'autant plus graves que certaines d'entre elles constituaient un obstacle à une évolution satisfaisante du texte. Il était à l'évidence impossible, sans reprendre l'intégralité du texte, de remettre bon ordre au plan d'ensemble, et au plan interne.

À ces erreurs de construction, s'ajoutent des faiblesses rédactionnelles tout aussi patentes. Certaines sont sans conséquence : c'est le cas par exemple de l'absence de symétrie entre les titres des 3 premiers livres, et le titre du quatrième livre. D'autres au contraire nuisent à la compréhension, ce qui est le cas des formulations incomplètes ou incorrectes. Pour n'en citer qu'une : l'expression « il n'y a ni crime, ni délit... » est employée indistinctement pour l'article 64 consacré à l'irresponsabilité pénale et pour les articles 327 et 328 consacrés aux faits justificatifs, alors qu'à l'évidence cette expression ne convient pas aux deux cas qui diffèrent quant à leur régime et leurs effets. La mauvaise rédaction affaiblit les concepts eux-mêmes.

### *b- Les faiblesses conceptuelles*

Manifestement, le législateur de 1810 a fait l'économie d'un grand nombre de concepts fondamentaux dont certains étaient pourtant déjà bien connus à l'époque. Tantôt ces concepts sont purement et simplement absents du code, tantôt ils sont à peine esquissés. On pense par exemple à la théorie générale de la faute, de l'erreur ou de l'état de nécessité.

Mais, ce qui est plus grave, l'ensemble du code repose sur une conception de la responsabilité pénale, et plus généralement de la philosophie pénale qui ne pouvait avoir qu'un temps. Les rédacteurs du Code pénal de 1810 étaient persuadés que le délinquant est libre, « toujours libre, et toujours également libre sauf au cas de démence ». C'est « l'homo delinquens » calqué sur « l'homo juridicus » du Code civil de 1804 (7). Autant cette référence à un homme raisonnable pouvait servir de base et de modèle, en droit civil, autant cette conception désincarnée était incompatible avec le droit pénal. Comme l'ont fait observer les rédacteurs de l'avant projet de 1976 : dans le Code pénal de 1810 « le criminel est considéré comme un être abstrait imaginé par la raison et non pas comme un être réel obéissant à des mobiles variables ; l'infraction n'est pas l'œuvre d'un délinquant manifestant son tempérament criminel, mais une entité abstraite ; la responsabilité pénale est donc forcément objective et résulte beaucoup plus de la nature de l'infraction que de la personnalité du délinquant : tous les hommes étant censés disposer d'un égal potentiel de liberté, la responsabilité des délinquants paraissait indivisible puisqu'ils étaient les violeurs lucides de la loi » (8).

C'est ce qu'exprimait en d'autres termes J. Leauté : « le Code pénal juge le crime plus que le criminel. Dans le plateau de la balance, le lieu du crime, l'heure, les moyens employés, le nombre de participants, la qualité de la victime, l'étendue du tort causé, sont placés. Mais ni le repentir postérieur à l'action, ni à l'inverse la résolution criminelle tardive n'entrent en ligne de compte. Le temps s'arrête à l'instant où s'accomplit l'infraction » (9).

La faiblesse de l'analyse des rédacteurs du Code pénal de 1810 fut mise en évidence dès la fin du 19<sup>e</sup> siècle. L'individualisation de la peine prônée par Saleilles allait donner le coup de grâce à ce qui constituait le fondement même du texte, son support.

### **B – Le devenir du texte de base**

Il va de soi qu'un code qui perdure pendant près de 2 siècles ne peut rester immuable à peine de devenir archaïque. Cette observation est d'autant plus vraie que le code de 1810 s'est trouvé confronté à un flot de mutations : mutations techniques, mutations économiques, mutations sociales et mutations des valeurs morales – ainsi qu'à un flot d'événements historique-politiques loin d'être neutres sur le plan pénal : anarchisme, première guerre mondiale, deuxième guerre mondiale, guerre d'Indochine, guerre d'Algérie, événements de mai 1968 pour ne citer que les plus récents.

(7) J. Pradel, « L'avant projet de Code pénal » (partie générale), D 1977, I, 116.

(8) Commission de révision du Code pénal : avant projet de Code pénal livre I, dispositions générales, juillet 1976, Ministère de la justice, p. 4.

(9) J. Leauté, introduction à « La responsabilité pénale », Colloque de philosophie pénale, Strasbourg 1959.

Le Code civil est passé sans dommage à travers ces mutations et événements. Le Code pénal n'a pas eu ce même bonheur en raison d'une part d'une inflation pénale, et d'autre part de l'éclectisme des choix de politique criminelle.

### *a- L'inflation pénale*

Le Code pénal de 1810 va être miné du fait de l'inflation pénale tant de l'intérieur que de l'extérieur :

- miné de l'intérieur : il ne faudra pas attendre longtemps pour voir le Code pénal de 1810 perdre son visage originare. Passé le cap de la restauration qui n'apporta que peu de modifications au code, la grande loi de révision du 28 avril 1832 allait donner le ton. Ne modifiait-elle pas 162 articles sur les 477 que comptait le code ? Il s'agissait alors d'adoucir la particulière rigueur du Code pénal de 1810 qui portait les stigmates de la période troublée de la révolution et du directoire. On assistait à la suppression de la peine de mort dans un grand nombre de cas, ainsi qu'à la suppression de la marque, de l'amputation du poing du parricide, et du carcan. L'exposition publique était rendue facultative dans la plupart des cas. La théorie des circonstances atténuantes était étendue aux 3 classes d'infractions.

En 1863, allait intervenir une nouvelle révision presque aussi importante que celle de 1832 et conçue dans le même esprit avec notamment la correctionnalisation d'un certain nombre de crimes.

Le pli était pris. Le rythme des correctifs ne se démentira jamais. Dès le début du 19<sup>e</sup> siècle, les auteurs ne parviennent plus à énumérer, et encore moins à classer de manière satisfaisante les textes qui se succèdent. En 1965, on livre un premier bilan : sur les 477 articles du Code pénal de 1810, au moins 44 (presque 10%) sont abrogés, et 290 (soit plus de 60%) modifiés dont certains à plusieurs reprises (10).

Au moment de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, près des trois quarts des articles du Code pénal de 1810 avaient été modifiés. Autant dire qu'il ne restait plus grand chose du Code pénal de 1810. J.A.Roux disait déjà en 1927 qu'il était devenu comme « ces vieux arbres qui résistent à la tempête et à l'action des ans, mais dont il ne subsiste plus que l'écorce et la majesté » (11).

- miné de l'extérieur : car au delà des correctifs et ajouts à répétition, le Code pénal de 1810 a été dépassé par la multiplication brutale à la fin du 20<sup>e</sup> siècle de réglementations techniques extérieures au code pénal et groupées ou non dans d'autres codes (code général des impôts, de l'urbanisme, du travail, de la sécurité sociale, et de la route) comportant eux-même chacun de très nombreux articles, et dont la transgression expose le citoyen à des peines correctionnelles ou contraventionnelles.

La première caractéristique de cette législation technique pénale est qu'elle est pléthorique et numériquement bien plus importante que celle contenue dans le code pénal.

La deuxième caractéristique de cette législation, c'est qu'à certains égards, elle cherche à s'affranchir des règles du code pénal, écornant au passage le principe de légalité et remettant en cause les principes traditionnels de la peine.

Enfin et surtout cette multiplication, ce développement anarchique aboutit in fine à décredibiliser le code pénal qui n'était plus le référent principal, fondamental en matière pénale.

(10) M. Lopez-Rey « Aspects et problèmes de la codification pénale à l'heure actuelle » RSC 1965-1.

(11) J.-A. Roux, Cours de droit criminel français, 2<sup>e</sup> éd, 1927, T1 p. 30.

### *b- L'éclectisme pénal*

L'inflation pénale aurait eu des conséquences limitées si l'axe de la politique criminelle menée en France avait été cohérent et bien déterminé sur une période de référence suffisamment longue. Or lorsqu'on analyse les correctifs apportés au Code pénal de 1810, on a le sentiment d'un attelage qui va à hue et à dia. Prenons l'exemple de la politique criminelle menée à travers les dispositions législatives adoptées depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. On constate que l'évolution s'est concentrée principalement autour de trois axes bien distincts et contradictoires :

- il y a, tout d'abord, les réformes inspirées par le mouvement de défense sociale nouvelle, prônant une politique criminelle humaniste avec par exemple les lois du 17 juillet 1970, du 11 juillet 1975, du 6 août 1975, et du 9 octobre 1981 supprimant la peine de mort.

- il y a, en second lieu, les modifications provoquées par un courant répressif lié au fait qu'à partir de 1956, la criminalité était en hausse, avec par exemple la loi du 8 juin 1970 tendant à réprimer de nouvelles formes de délinquance (loi anti-casseur), la loi du 15 juillet 1970 sur le détournement d'aéronefs, la loi du 31 décembre 1970 renforçant la répression en matière de stupéfiants.

- il y a en troisième lieu la tendance à la décriminalisation et à la déjudiciarisation avec par exemple la loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, la loi du 17 juin 1975 relative à l'avortement, la loi du 11 juillet 1975 relative à l'adultère et à l'entretien de concubine.

Cet éclectisme était déjà difficile à comprendre en lui-même. Mais que dire quand dans une même loi exprimait à la fois les deux tendances : ainsi la loi du 11 juillet 1975 comportait à la fois des dispositions inspirées par la défense sociale nouvelle, et des dispositions manifestant une volonté évidente de répression.

On a le sentiment que la législation qui est venue se surajouter au Code pénal de 1810 manque d'idée directrice. Il s'agit plus tôt d'un empilement de réformes le plus souvent étrangères les unes aux autres, voire même en contradiction les unes avec les autres.

Le paroxysme sera atteint dans les années 1981-1986 avec la loi du 2 février 1981, sécurité et liberté, du 10 juin 1983 et du 9 septembre 1986, où la politique s'y mêlant on assista à un yo-yo législatif montrant l'inconstance parlementaire, et contribuant au discrédit législatif.

Les ingrédients étaient réunis pour achever un code moribond. Car, s'il est vrai que la vie et la longévité d'un code est pour une bonne part conjoncturelle, cette longévité est très largement compromise lorsque ni la qualité du texte, ni l'environnement politique-doctrinal ne militent en faveur de son sauvetage.

## II - L'ANALYSE DE LA RÉFORME PÉNALE

Après une pose, pour cause de cohabitation, sous l'impulsion du Président de la République, et peut-être plus encore de Monsieur Robert Badinter, le projet de 1986 fut soumis au Parlement, tandis que la commission de révision reprenait son travail, afin de préparer le futur Livre IV. Les travaux parlementaires ont duré trois années. Ils furent animés par une volonté de concessions réciproques plus que par un véritable consensus, mais cela permit de faire l'économie de la saisine du Conseil constitutionnel.

Entré en vigueur depuis 10 ans, on ne peut pas dire que ce texte ait soulevé un enthousiasme particulier que ce soit en France ou à l'étranger. Il s'est en quelque sorte fondu dans le paysage pénal français, au point que la transition du Code pénal

de 1810 au Code pénal de 1994 s'est à peine fait sentir dans le monde judiciaire. La forme et le fond de ce texte ne sont pas étrangers à la neutralité des effets constatés.

### A - L'analyse de la forme

Le législateur a manifestement, pour l'essentiel, tenu compte des critiques unanimes et concordantes formulées à l'encontre de l'ancien Code pénal. Une attention particulière a été apportée à la construction et à la rédaction du code.

#### *a- La construction du Code pénal*

- La structure d'ensemble est d'une logique à toute épreuve. Composé d'une partie législative et d'une partie réglementaire, le code a divisé chacune des 2 parties en 7 Livres : le Livre I consacré aux dispositions générales, le Livre II aux crimes et délits contre les personnes, le Livre III aux crimes et délits contre les biens, le Livre IV aux crimes et délits contre la Nation, l'État, et la paix publique, le Livre V aux autres crimes et délits, le Livre VI aux contraventions, et enfin le Livre VII aux dispositions applicables dans les territoires d'Outre-mer et dans la collectivité départementale de Mayotte.

La structure interne est également empreinte de logique : ainsi le Livre 1er de la première partie traite dans le bon ordre sous 3 titres successifs : « de la loi pénale », « de la responsabilité pénale » et « des peines ».

- Tout au plus, retrouve-t-on dans le texte des dispositions qui relèvent à l'évidence du Code de procédure pénale. Ainsi les articles 112-2 et 112-3 traitent du problème de l'application des lois de procédure dans le temps que l'on eut préféré voir traiter dans le Code de procédure pénale.

De la même manière, on trouve dans l'article 113-8 à propos de l'application de la loi pénale dans l'espace des dispositions concernant l'exercice de l'action publique par le ministère public, par la victime ou ses ayants droits, ou par l'autorité du pays où le fait a été commis, qui relèvent à l'évidence du Code de procédure pénale.

De la même manière encore, on trouve des exceptions à ces dispositions concernant l'action publique dans les articles 222-22 à propos des agressions sexuelles sur un mineur, et 227-26 à propos des atteintes sexuelles sur un mineur.

Enfin, dans la partie spéciale du code sont traitées des questions relatives à l'action publique, et plus précisément à la plainte préalable de la victime, de son représentant légal, ou de ses ayants droits à propos des atteintes à la vie privée (226-6) et des fichiers informatiques (226-22).

Sans doute, ces incursions procédurales ont-elles été tolérées par un souci de meilleure lisibilité de la loi.

#### *b- La rédaction du Code pénal*

- Dans l'ensemble, le texte n'encourt pas de critiques majeures sur le plan rédactionnel. Manifestement, et les travaux parlementaires le démontrent, une attention particulière a été apportée à la rédaction des textes. Ainsi les concepts essentiels se trouvent définis par loi de manière simple et claire : état de nécessité, erreur, concours d'infraction, arme, vol d'énergie, recel, intérêts fondamentaux de la Nation, secret de défense nationale.

Tout d'abord on notera deux innovations rédactionnelles. Dans la partie spéciale, les incriminations n'y sont plus énoncées avec la formule de l'ancien Code pénal : « quiconque aura ... sera puni de ... », mais par des tournures plus

abstraites : « le fait de ... est puni de ... » ou « telle infraction est le fait de ... », par exemple à l'article 312-10 « le chantage est le fait de ... ». Certains, tout en reconnaissant que cette formulation est grammaticalement lourde, ont émis une réserve : « les juges se sentiront plus de liberté que naguère pour désigner, comme auteurs d'infraction, d'autres personnes que celles qui, de manière étroitement matérielle, ont contribué à la réalisation de situation infractionnelle » (12).

En second lieu, il a été choisi une numérotation du texte décimale à 4 chiffres : le premier correspondant au titre, le second au titre au sein du Livre, le troisième au chapitre au sein de ce titre, et les chiffres après le tiret correspondant à l'emplacement de l'article au sein du chapitre. Les praticiens, dans leur ensemble, souhaitaient conserver la numérotation traditionnelle se référant à l'exemple du Code civil, mais aussi à des exemples plus récents, à savoir le Code de procédure pénale et le Nouveau code de procédure civile. Mais « le Conseil d'État n'a pas voulu les entendre, craignant peut-être que l'on ne fasse deux catégories parmi les codes, les nobles, numérotés à l'ancienne et réservés aux débats judiciaires, et les roturiers, abandonnés aux besognes de l'exécutif » (13). En réalité, cette présentation a l'avantage de permettre d'intégrer plus aisément de nouveaux textes, sans que l'on soit contraint de reprendre la numérotation des dispositions qui suivent, mais à l'inconvénient d'être d'une lecture et d'un maniement moins facile.

- Un examen plus approfondi met cependant en exergue un certain nombre d'imperfections. Ainsi, l'article 132-71 du code pénal définit la bande organisée comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels d'une ou plusieurs infractions », mais le texte ne précise pas à partir de combien de personnes le juge peut considérer qu'il est en présence d'une bande. Cette question a soulevé des difficultés et a même conduit le Conseil constitutionnel à apporter des précisions à propos de certaines dispositions de la loi Perben II visant la notion de bande organisée. Dans le même ordre d'idée, l'article 121-2 sur la responsabilité pénale des personnes morales fait référence dans son alinéa 2 aux infractions commises « dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public », que le législateur (14) et la jurisprudence (15) se sont efforcés de définir ultérieurement.

Par ailleurs, comme on l'a fait observer à juste titre, « sur de trop nombreuses questions ... il n'a pas été procédé à des simplifications qui auraient pourtant été les bienvenues » : ainsi on se perd dans les distinctions subtiles relatives au travail d'intérêt général : TIG peine alternative, sursis TIG, conversion TIG, et TIG peine complémentaire. On se perd également dans les dispositions relatives aux menaces contre les personnes ou contre les biens, de nature délictuelle ou contraventionnelle (16).

L'impression d'ensemble qui se dégage cependant tant sur le plan de la construction que sur le plan rédactionnel demeure positive. C'est en fait lorsqu'on aborde le fond de la réforme que les réserves sur le Code pénal actuel sont les plus vives.

(12) Jacques-Henri Robert, Avant propos in « Le nouveau Code pénal », Droit pénal, octobre 1992

(13) J.-H. Robert précité

(14) Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite Loi MURCEF

(15) Crim. 3 avril 2002, Bull. n° 77/D 2002 IR 2100/ JCP 2002, I, 155, obs. Véron, D pén 2002. Com 95 obs. Véron, RSC 2002-810 obs. Bouloc

(16) F.Desportes et F.Le Guehec « Droit pénal général », 11e éd. p. 56-57 n° 96

## B - L'analyse du fond

Il est difficile en quelques lignes de balayer les 781 articles du Code pénal dans sa version du 1er mars 1994 et les quelques 1000 articles du Code pénal dans sa version 2004 pour livrer un bilan exhaustif de la réforme opérée. On ne peut que livrer par touches impressionnistes et nécessairement réductrices le sentiment retiré de la lecture et des premières années d'application du texte.

Dans la mesure où, pour l'essentiel, les choix opérés par le législateur relèvent plus du pragmatisme, que du dogme ou de l'idéologie, la manière la plus simple d'aborder la question consiste à distinguer les dispositions générales et les dispositions spéciales.

### a- Les dispositions générales

Dans l'ensemble, le Livre I consacré aux dispositions générales ne bouleverse pas les règles traditionnelles retenues par le Code pénal de 1810. On retrouve dans le Code pénal de 1994 le noyau dur qui a fait l'originalité du Code pénal de 1810 comme, par exemple, le principe de légalité, ou la classification tripartite des infractions. On trouve certes des éclaircissements sur certains points qui faisaient difficulté comme celui de l'interprétation des actes administratifs, de l'application de la loi dans le temps ou de l'intention. On constate également que des problèmes qui avaient été éludés dans l'ancien texte comme celui de l'erreur, de l'état de nécessité ou de l'altération partielle du discernement sont désormais traités dans le nouveau texte. On observe dans plusieurs domaines des dépoussiérages, ou des rénovations comme c'est le cas en matière d'échelle des peines. Mais, à une exception près, on ne retire pas un sentiment de rupture, ou de reniement dans la lecture des dispositions générales du Code pénal de 1994.

La seule véritable innovation concerne la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, ce qui a conduit un auteur à parler à son sujet « du culot d'un volcan érodé ... au milieu d'une plaine » (17). En effet, s'il n'y avait pas eu l'entrée sur la scène juridique de ce nouveau sujet de droit pénal, on aurait eu du mal à éviter le terme « continuité » pour définir la philosophie d'ensemble du nouveau texte au regard du Code pénal de 1810 tel qu'il avait été remodelé à partir des textes et de la jurisprudence ultérieurs.

On aurait pu incontestablement aller plus loin, mais manifestement le souci « d'aboutir » tout court, et le souci d'aboutir à un consensus, si ce n'est à un compromis, incitait à la prudence. C'est d'ailleurs tout cela qui explique que l'on ait éludé des problèmes aussi fondamentaux que le sort des malades mentaux acquittés (même si les dispositions à cet égard doivent figurer hors du code pénal), ou celui des mineurs délinquants. Des préoccupations du même ordre expliquent les graves carences existant en matière de dispositions spéciales.

(17) J.-H. Robert Avant propos précité

Adde J.-H. Robert « L'avant-projet de Code pénal » JCP 1976 I 2813 et J.-H. Robert « Projet de nouveau code pénal : dernières nouvelles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d'entreprise, personnes physiques ». Droit pénal juillet 1990 p. 1 où l'auteur mentionne « Le projet en discussion est pauvre en nouveautés »

### b- Les dispositions spéciales

- Les dispositions spéciales retenues par le législateur de 1994 procèdent d'une double volonté, celle d'innover pour répondre aux nouvelles exigences de notre société, et celle d'assurer une continuité des valeurs protégées jusque là par la loi.

L'innovation majeure consiste à avoir incriminé en tête du Livre II les crimes contre l'humanité, expression des droits de l'homme que se doit de consacrer toute société démocratique. Mais de manière plus générale, le Code pénal de 1994 retient toute une série d'infractions nouvelles telles la mise en danger délibérée d'autrui, le harcèlement sexuel, les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité de la personne humaine, les persécutions téléphoniques, la provocation des mineurs à commettre des actes immoraux, dangereux ou illicites, l'abus de vulnérabilité, les atteintes à l'environnement, les entraves à certaines libertés ... Le terrorisme devient une infraction autonome et enfin certaines infractions voient leur champ d'application élargi, comme l'abus de confiance et les discriminations.

Ces innovations ne doivent cependant pas faire perdre de vue que, pour l'essentiel, les parties spéciales du code ne sont qu'une reprise de certaines incriminations contenues dans l'ancien code pénal, ou dans des lois non insérées dans ce dernier, le tout mis à jour à partir de la jurisprudence que ces incriminations avaient suscité au fil des ans, et accompagné le cas échéant d'une modulation de la peine.

Autant dire que le législateur, tout en mettant l'accent sur les valeurs humanistes qui transparaisaient déjà dans les textes les plus récents, n'a pas cherché de rupture avec le passé.

- La véritable difficulté, majeure s'il en est, c'est que dans le même temps, le législateur a éludé un problème essentiel, celui des réglementations techniques déjà évoqué. Théoriquement ces réglementations auraient dû rejoindre le Livre V consacré aux autres crimes et délits. Or, au moment de la promulgation du code, ce Livre ne contenait que deux articles consacrés aux sévices ou aux actes de cruauté envers les animaux. Même complété, comme il l'est aujourd'hui par un titre I intitulé « des infractions en matière de société publique » composé d'un seul chapitre consacré aux infractions en matière d'éthique biomédicale, ce livre est manifestement « en panne ». Il pose l'un des problèmes clefs de la législation pénale : celui de l'intégration après regroupement de toutes les incriminations techniques disséminées dans des divers textes ou codes. Comme l'ont souligné à juste titre Messieurs F. Desportes et F. Le Guehec (18) : « la chancellerie elle-même est toujours dans l'incapacité de donner la liste exhaustive de ces dispositions... Seules sont actuellement répertoriées les infractions qui sont le plus fréquemment poursuivies par les juridictions pénales ou qui ont été récemment créées. Au nombre de 13 000 environ, dont 11 000 actuellement en vigueur, ces infractions sont réunies dans la Table Natinf (nature d'infractions) mise à la disposition exclusive des juridictions et utilisée par elles pour le traitement informatisé des procédures ». Ces chiffres se passent de tout commentaire. Comment peut-on raisonnablement imaginer que notre code pénal passe brutalement le cap des 10 000 articles pour atteindre 14 000 articles !!!

Et encore serait-ce envisagé un instant, comment ferait-on pour extraire de leur contexte ces réglementations techniques, vides de toute signification sans leur « dispositions d'avant », et sans leur « dispositions d'après » ? Comment

(18) F. Desportes et F. Le Guehec, *op. cit.* p. 36 n° 73.

organiserait-on la liaison entre le Livre V et les codes spécialisés : quel serait le « code pilote », quel serait le « code suiveur » ? Quid en cas de modification du texte d'incrimination (19) ?

Le problème de la réglementation technique reste donc bien entier ; il s'aggrave même d'années en années avec la prolifération des nouveaux textes.

D'une manière plus générale et, c'est là, une incontestable marque d'échec du Code pénal de 1994, le flot législatif n'a pas décré depuis sa promulgation. Bien au contraire, les textes pénaux se multiplient et, si l'on additionne les textes parus entre 2000 et 2004 touchant au droit pénal de fond, il est à craindre que la moisson des textes de 1994, comparativement au moins, fasse piètre figure.

À l'origine de cet échec, il y a en premier lieu un problème de méthodologie : tôt ou tard, le législateur sera contraint de réfléchir sur le problème de la recherche des « valeurs essentielles » de la société qui méritent une sanction pénale. Il y a par ailleurs, étroitement lié au précédent, un problème de choix de philosophie pénale. On ne peut faire une œuvre pénale durable sans une idée directrice ou quelques directives cohérentes. On ne peut manier la carpe et le lapin. Finalement le défaut majeur de notre législation n'est-il pas, comme on le soulignait déjà à propos du premier avant-projet, de manquer d'âme ?

(19) Desportes et Le Guehec *op. cit.* p. 57 n° 97.