

LES COLLOQUES DU SÉNAT

BICENTENAIRE DU CODE PÉNAL
1810-2010

25/26 novembre 2010

SOMMAIRE

Pages

25 NOVEMBRE 2010 - COUR DE CASSATION

ACCUEIL	- 7 -
<i>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</i>	- 7 -
<i>Jean-Louis NADAL, procureur général près la Cour de cassation</i>	- 12 -
ALLOCUTION D'OUVERTURE	- 17 -
<i>Michel MERCIER, garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés</i>	- 17 -
RAPPORT INTRODUCTIF	- 21 -
<i>Jean-Marie CARBASSE, professeur à l'Université de Montpellier I</i>	- 21 -
LA CODIFICATION PÉNALE AVANT 1810	- 29 -
<i>La séance est présidée par Jean-Marie CARBASSE, professeur à l'Université de Montpellier I</i>	- 29 -
QUID CLARIUS, QUID COMPENDIOSIUS L'IDÉE DE CODE ET LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ PÉNALE DANS LA TRADITION DU <i>JUS COMMUNE</i> EUROPÉEN	- 29 -
• Yves MAUSEN, professeur à l'Université de Montpellier I, membre de l'Institut Universitaire de France	- 29 -
LES PRÉCÉDENTS EUROPÉENS AU XVIII ^e SIÈCLE DU CODE PÉNAL DE 1810	- 45 -
• Stefano SOLIMANO, professeur à l'Université du Sacré-Cœur de Milan	- 45 -
LE CODE PÉNAL DE 1810	- 62 -
<i>La séance est présidée par Bernard BARBICHE, professeur émérite de l'Ecole Nationale des Chartes</i>	- 62 -
DU TEMPS DES LUMIÈRES A 1810 : ANTHROPOLOGIE ET DROIT CRIMINEL	- 65 -
• Xavier MARTIN, professeur émérite de l'Université d'Angers	- 65 -
DE 1810 À 2010 : LE CODE DE 1810 EN MOUVEMENT	- 83 -
• Yves JEANCLOS, professeur à l'Université de Strasbourg	- 83 -

L'INFLUENCE DU CODE PÉNAL DE 1810 EN EUROPE.....	- 112 -
<i>La séance est présidée par Henri-Claude LE GALL, président de la Cour de justice de la République, conseiller honoraire à la Cour de cassation</i>	- 112 -
L'INFLUENCE DU CODE DE 1810 EN ITALIE.....	- 113 -
• Sergio VINCIGUERRA, professeur à l'Université de Turin.....	- 113 -
LE CODE DE 1810 ET LE DROIT PÉNAL EN EUROPE CENTRALE.....	- 125 -
• Franz-Stefan MEISSEL, professeur à l'Université de Vienne	- 125 -

26 NOVEMBRE 2010 SÉNAT

ACCUEIL.....	- 140 -
<i>Jean-Jacques HYEST, sénateur de la Seine-et-Marne, président de la commission des lois du Sénat</i>	- 140 -
QUESTIONS PÉNALES CONTEMPORAINES.....	- 142 -
<i>La séance est présidée par André DECOCQ, professeur émérite de l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)</i>	- 142 -
LE CODE PÉNAL : UNE RÉFORME TOUJOURS EN COURS.....	- 143 -
• Yves MAYAUD, agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas).....	- 143 -
LE CODE PÉNAL FACE AUX PROGRÈS TECHNIQUES ET SCIENTIFIQUES.....	- 158 -
• Eric DEZEUZE, avocat, Cabinet Bredin Prat, professeur associé à l'Université Paris Descartes.....	- 158 -
L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PÉNALE PAR LE JUGE.....	- 190 -
• Emmanuel PIWNICA, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre.....	- 190 -
DÉBAT.....	- 202 -
L'INFLUENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE CODE PÉNAL.....	- 204 -
• Renée KOERING-JOULIN, conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de cassation.....	- 204 -
VERS UN DROIT PÉNAL EUROPÉEN ?.....	- 216 -
• Didier BOCCON-GIBOD, avocat général à la Cour de cassation	- 216 -
DROIT PÉNAL ET CONSTITUTION.....	231
• Hugues PORTELLI, sénateur du Val-d'Oise.....	231
DÉBAT.....	235

LA PEINE.....	238
<i>La séance est présidée par Christian RAYSSEGUIER, premier avocat général à la Cour de cassation.</i>	238
LE SENS DE LA PEINE : VENGEANCE, RÉPARATION OU CORRECTION	239
• Jean-François MATTEI, professeur émérite de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, membre de l'Institut Universitaire de France	239
LA MULTIPLICATION DES PEINES	244
• Jacques-Henri ROBERT, professeur émérite de l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)	244
DÉBAT	249
QUESTIONS AUTOUR DE LA PEINE.....	254
• Pierre FAUCHON, sénateur du Loir-et-Cher	254
• Jean-René LECERF, sénateur du Nord	255
CLÔTURE DES TRAVAUX	260
<i>Gérard LARCHER, président du Sénat</i>	260

*Les propos retranscrits dans ces actes n'engagent que leurs auteurs
et non les institutions auxquelles ils appartiennent*

25 NOVEMBRE 2010

COUR DE CASSATION

ACCUEIL

Vincent LAMANDA,
premier président de la Cour de cassation

Monsieur le garde des Sceaux,
Madame et messieurs les premiers présidents et présidents,
Messieurs les procureurs généraux,
Mesdames et messieurs les professeurs,
Distingués invités,
Mesdames et messieurs,
Chers collègues,

Je suis particulièrement heureux d'accueillir en cette Grand'chambre le colloque consacré à la célébration du bicentenaire du code pénal, qui se poursuivra demain au Sénat.

Monsieur le garde des Sceaux, comment ne pas être sensible à ce que votre première visite en notre Cour coïncide avec cette rencontre internationale. Il ne s'agit pas pour vous que d'honorer l'engagement souscrit par votre prédécesseur, mais de démontrer toute l'attention que vous portez à nos travaux.

Nous vous savons grand gré de votre présence et de votre participation.

Nous y voyons un signe fort de votre intérêt pour les thèmes qui vont être abordés pendant ces deux jours et dont la plupart constituent, tant pour les universitaires que pour les praticiens, un sujet constant de réflexions et de débats.

Conscients de ces enjeux, le Sénat et la Cour de cassation ont souhaité placer cet anniversaire sous le double regard du législateur et du juge, en réunissant les meilleurs spécialistes. C'est pour moi l'occasion d'exprimer à M. le Président Larcher et à ses collaborateurs notre profonde reconnaissance d'avoir bien voulu associer la haute assemblée à notre réflexion.

Je me dois aussi de saluer les présidents et les membres des cours suprêmes amies dont la nombreuse présence nous honore, car elle atteste qu'ils demeurent concernés par l'histoire de notre codification et attentifs à ses évolutions.

Que soient ici tout particulièrement remerciés M. le recteur Jean-Marie Carbasse, professeur à l'Université de Montpellier, M. le Doyen André Decoq, professeur émérite à l'Université de Paris, et M. Edouard Verny, professeur à l'Université de Rennes. Ils ont bien voulu nous apporter leur précieux concours dans la conception de ces deux journées d'études et de l'exposition qui les prolongera.

Outre leur immense culture d'historiens du droit et de pénalistes incontestables, ils nous ont apporté, je crois pouvoir le dire, la preuve tangible de leur amitié pour la Cour de cassation.

Nos remerciements chaleureux vont également aux présidents de séance de cette première journée :

M. Bernard Barbiche, professeur émérite à l'école nationale des Chartes, qui a bien voulu se charger d'animer le premier débat sur les fondements philosophiques du code dans une perspective historique de 1810 à nos jours, ainsi que M. le Doyen Henri-Claude Le Gall, président de la Cour de Justice de la République, qui veillera au bon déroulement de la dernière séquence de ce jour, consacrée à l'influence du code de 1810 en Europe.

Enfin, je souhaiterais dire ma vive gratitude à tous nos intervenants, trop nombreux pour que je les cite tous : universitaires, magistrats et avocats, qui ont répondu avec générosité à notre invitation.

Grâce à eux, ce colloque permettra non seulement de célébrer deux siècles de codification pénale, mais aussi de conduire une recherche sur sa justification et son devenir.

Le droit pénal est aujourd'hui l'objet d'une production normative dont la fréquence n'a souvent d'égale que l'importance quantitative. La lisibilité de la norme peut en souffrir, alors qu'elle est essentielle pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique.

Aurait-on perdu de vue le souci de clarté qui a notamment présidé à la codification de 1810 ?

Cet idéal a constamment inspiré cet important travail de synthèse qui concilie magistralement, selon le mot si imagé de Napoléon, « les talons rouges » et « les bonnets rouges », en réunissant, dans un même creuset légal,

l'ensemble des délits et des peines, et en s'attachant à préserver le meilleur de la science juridique d'ancien régime ainsi que les heureuses avancées de la période révolutionnaire.

Conduite dans un contexte de culte de la loi, la codification de 1810 est guidée par la conscience que la société, comme l'Etat, doivent disposer d'une référence incontestable, propre à assurer, fût-ce avec rigueur, cette stabilisation que le corps social appelait de ses vœux après tant d'années de bouleversements.

Cette logique de rationalisation est tempérée d'un humanisme véritable qui allie au légitime souci d'efficacité, la nécessité d'un respect réaffirmé des droits de l'homme.

La Déclaration de 1789 a, en effet, posé en principe que : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et [que] nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

En résonance avec les thèses de Beccaria, le principe de légalité des délits et des peines répond à un double objectif : faire cesser l'arbitraire qui sévissait sous l'Ancien régime, en privant le juge du pouvoir d'incriminer les comportements et de fixer, à sa guise, les sanctions, en lieu et place de la loi.

Le domaine du droit répressif apparaît ainsi comme celui d'élection d'une sécurité juridique qu'affermir le principe de non rétroactivité de la loi pénale.

Epris d'ordre, Napoléon émet cependant des doutes. Il considère qu'à suivre cette logique, « tout crime reste impuni simplement parce que le législateur n'y a pas pensé ! ».

La réticence de l'Empereur est riche d'enseignements.

Si elle est par essence contraignante, la loi pénale est aussi l'affirmation d'une liberté, dans la mesure où tout ce qu'elle n'interdit pas, demeure permis.

Conçu comme un instrument permanent de régulation sociale, le code de 1810 est certes d'inspiration répressive. Mais, en cela, il tranche avec les législations des régimes dits « de police », dans lesquels, selon l'expression du doyen Carbonnier, « d'avance l'autorité empêche tout, sauf à concéder des autorisations ».

La loi pénale, symbole le plus éloquent de l'emprise des valeurs sociales sur le droit, reflète, parfois avec un certain décalage, les mutations de la société. A titre d'exemples particulièrement significatifs, on peut citer les textes adoptés en 1975 qui supprimèrent successivement l'incrimination de l'avortement, « l'excuse atténuante » du mari tuant sa femme surprise avec un amant et le régime rigoureux frappant l'épouse adultère.

Ce rappel souligne combien la sanction est indissociablement liée avec l'incrimination. Faute de sanction de sa transgression, l'interdiction est

privée de portée. La sanction n'est pas le corollaire de l'incrimination, ni le gage de son efficacité. Elle est la condition de son existence même.

Dès lors, la peine porte en elle autant, sinon plus, de signification que l'incrimination, puisqu'elle détermine la catégorie d'infraction et, par suite, la juridiction qui doit en connaître.

Pour être soumises au principe de légalité, les peines n'en doivent pas moins répondre aux exigences pratiques qui guident leur prononcé. Marqués par les rigidités du code des délits et des peines de 1791 qui imposait aux juridictions le prononcé de peines fixes, les rédacteurs du code de 1810 innovent en laissant au juge le pouvoir de moduler les peines correctionnelles, dans des limites qu'ils ont prévues.

La peine est omniprésente dans les réflexions philosophiques qui fondent le droit pénal et les praticiens en font un objet constant de débats dans les prétoires. Ce colloque doit naturellement conduire à nous interroger sur le sens qu'elle revêt aujourd'hui.

Nourri de morale chrétienne, le droit pénal de l'Ancien régime voulait faire expier le coupable, en oeuvrant pour le salut de son âme.

Les châtiments corporels prédominaient. La prison n'était essentiellement qu'un lieu de rétention avant jugement.

Dans cette conception, les peines répondant à une exigence de rétribution, toute faute doit recevoir sa juste sanction, afin de contribuer à l'amendement du condamné et préparer le rachat de ses fautes.

Cette inspiration religieuse transparaît plus encore dans la question préalable. Cette torture infligée au condamné avant son exécution est censée l'inciter à libérer sa conscience par d'ultimes aveux. Car l'éphémère vie sur terre, ne vaut, alors, que comme antichambre d'un éternel au-delà.

Étalonnées à l'aune de la souffrance du condamné, les peines sont d'autant plus exemplaires, qu'elles sont spectaculaires de cruauté.

Le siècle des lumières, si épris de progrès, d'harmonie et de liberté, ne pouvait que vouer aux ténèbres cette conception archaïque, pour se tourner vers un utilitarisme bienveillant.

L'emprisonnement va ainsi progressivement s'imposer comme mode privilégié d'exécution des peines. Désormais, celles-ci seront étalonnées par le temps, décompté par la durée de la privation de liberté infligée au coupable.

On considère, en effet, que l'isolement moralise le condamné, en concourant à lui faire prendre conscience de ses torts. La prison doit servir à sa réhabilitation tant à ses yeux, qu'à ceux du corps social. Le temps de la peine écoulé, il aura définitivement payé sa dette à la société.

Au fil des années, l'efficacité de l'emprisonnement comme mode de traitement du phénomène criminel fait l'objet d'une mise en question grandissante.

La nécessité qui s'impose, à l'issue du second conflit mondial, d'un renforcement des droits de l'homme, comme d'une meilleure prise en compte de la vulnérabilité des mineurs auteurs d'infractions et d'une plus grande attention à la condition pénitentiaire, trouve, souvent en dehors du code pénal, sa traduction législative.

Ce courant de pensée reçoit une nouvelle consécration au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle, au travers de l'émergence de nouvelles peines destinées à substituer l'emprisonnement.

Favorisée par l'importance croissante reconnue aux droits économiques et sociaux dans un monde qu'uniformise la communication, la privation des droits semble revêtue d'une efficacité excédant de beaucoup la seule privation de liberté.

En remplaçant l'incarcération, la privation de droits particuliers ne semblerait-elle pas aujourd'hui reléguer au second plan le temps pris comme étalon de la peine ?

Le retrait du permis de conduire, l'inéligibilité, l'interdiction d'exercer une profession, voire de paraître dans un stade, la confiscation du véhicule, ne sont-ils pas, d'ores et déjà, plus douloureusement ressentis qu'une condamnation à une lourde peine d'emprisonnement assortie du sursis ?

Il s'agit là, en définitive, de l'aboutissement de deux logiques : le principe de légalité des peines, croisé avec celui d'individualisation des sanctions. Le législateur s'efforçant inlassablement de prévoir des peines mieux adaptées, tant à l'infraction qu'à l'auteur de celle-ci, mais aussi à la réalité des structures sociales.

Cette amorce d'un nouveau sens de la peine est encore en devenir et les travaux de ces deux journées contribueront certainement à enrichir les réflexions sur un sujet au coeur des préoccupations de toute société démocratique.

Une commémoration est l'occasion privilégiée de considérer, avec l'objectivité qu'apportent les années, les faits et les gestes qui nous ont précédés.

La vision lucide du passé conduit à envisager résolument l'avenir pour mieux le préparer. Le poète ne recommande-t-il pas de se tourner vers hier pour mieux se souvenir de demain ?

Je vous souhaite un fructueux colloque, en vous renouvelant mes voeux de bienvenue à la Cour de cassation.

*Jean-Louis NADAL,
procureur général près la Cour de cassation*

Monsieur le garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, la Cour de cassation est particulièrement honorée de votre présence aujourd'hui à cette conférence.

Vous avez pris le soin tout particulier, quelques jours seulement après votre nomination place Vendôme, d'honorer un engagement pris par votre prédécesseur, Mme Michèle Alliot-Marie, que je veux remercier de l'intérêt soutenu qu'elle a toujours porté pour les conférences organisées par notre Cour et particulièrement pour l'importante conférence sur le parquet européen organisée en février 2010 dont les actes publiés très récemment constituent l'état le plus avancé de la réflexion sur ce sujet. M. le garde des Sceaux, je vous exprime ma gratitude pour votre présence à notre conférence. La justice de notre pays, en matière pénale tout particulièrement, ne cesse en effet d'être au cœur de tous les débats. Votre intervention de ce jour marque tout l'attachement, l'intérêt et la réflexion que vous portez à ces questions. Croyez bien que vous trouverez à la Cour de cassation, des interlocuteurs désireux d'apporter leur regard et leur expertise.

Mesdames et messieurs les premiers présidents et procureurs généraux des Cours suprêmes européennes et étrangères, quel honneur de vous accueillir en France, à la Cour de cassation. Votre présence à cette conférence signe l'ancrage européen et international de notre Cour. Elle marque la dynamique d'ouverture sur l'extérieur de notre institution. Je vous remercie infiniment de votre présence aujourd'hui.

Je souhaite, à cet égard, saluer tout particulièrement le président du réseau des Procureurs généraux près les cours suprêmes des Etats membres de l'Union européenne, le procureur général Vitaliano Esposito. Ce réseau, je le rappelle, est né, ici-même, le 6 février 2009 à la Cour de cassation et s'assigne comme objectif de réfléchir à toutes les questions portant notamment sur le ministère public en Europe.

Je salue également l'ensemble des hautes personnalités nationales présentes, ainsi que tous les intervenants à cette conférence, parlementaires, professeurs de droit, magistrats et avocats. Je leur exprime ma gratitude pour le soin qu'ils ont apporté à la préparation de cette conférence.

Je remercie tout particulièrement le recteur Jean-Marie Carbasse pour avoir été à la conception du programme et des choix scientifiques qui ont pu

être faits. L'ensemble des intervenants - et je les remercie de bien vouloir me pardonner de ne pas tous les citer nommément - vont, par leurs éclairages respectifs, nous permettre de se pencher sur deux siècles d'histoire du code pénal et sur ses perspectives d'avenir.

Je voudrais surtout rappeler que cette conférence a été organisée conjointement par la Cour de cassation et le Sénat. Cette association est le symbole du lien entre le Parlement et l'Institution judiciaire, de ce lien entre la loi et la jurisprudence, dans une démarche de réflexion commune et de respect mutuel. Je veux remercier très chaleureusement M. Gérard Larcher, Président du Sénat, pour son engagement, dès le début de cette initiative et de l'intérêt tout particulier porté à cette manifestation.

Enfin, les remerciements les plus chaleureux doivent être adressés au premier président de la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda, qui a eu l'heureuse initiative de cette conférence sur le Bicentenaire du code pénal.

Si commémorer a une portée mémorielle, par la célébration et le souvenir d'un événement national, c'est aussi et surtout, de manière essentielle, un moyen de tracer des perspectives d'avenir en tirant les enseignements du passé. Si l'on applique cette réflexion au code pénal de 1810, l'on observe que cette fonction de commémoration ne pouvait pas mieux trouver à s'appliquer, à l'heure où le législateur s'interroge, sans cesse, sur l'évolution des textes pénaux.

Au-delà de la fonction répressive du droit pénal, il est essentiel de rappeler que les règles pénales sont avant tout le miroir de notre société et le marqueur des valeurs qu'elle défend. Le législateur entend énoncer avant toute chose, par ces règles, les valeurs fondamentales qui structurent notre société. Commémorer le bicentenaire du code pénal, c'est donc porter un regard sur notre société et son évolution. Pour illustrer ce point, je voudrais citer l'exemple du code pénal de 1994, particulièrement démonstratif à cet égard : en effet, ce code de 1994 place les infractions contre les personnes en tête du code pénal et à son fronton, le crime contre l'humanité.

Le législateur a voulu en effet signifier la valeur sacrée que revêt à ses yeux la vie humaine et il a souhaité tirer les conséquences d'une histoire meurtrie du XX^e siècle.

Ce code de 1810 est, pour sa part le reflet des conceptions libérales du siècle des Lumières. Il est le dernier grand code napoléonien, continuation du code pénal de 1791, œuvre de la Constituante. Il est marqué par deux phénomènes principaux : une rationalisation du droit par l'oeuvre de codification et le renouvellement de l'ordre public.

Les codes de 1791, puis de 1810, posent tout d'abord les grands principes : principe de la légalité, principe de l'égalité et principe de la

personnalité des peines. Les peines s'inscrivent en outre dans une durée : elles ont une fin et peuvent faire l'objet d'un effacement symbolique par la réhabilitation.

Le code pénal de 1810 est aussi marqué par l'influence de Montesquieu et de Beccaria sur la question du libre-arbitre : il ne saurait y avoir de peine, de punition, si l'acte commis n'est pas un acte libre. Sur ce point, va naître la notion de démence comme cause générale d'irresponsabilité dans le célèbre article 64.

Le code pénal de 1810 est le reflet de son époque en ce qu'il est axé prioritairement sur la protection des intérêts politiques, avec les « crimes et délits contre la chose publique ». La protection de l'État contre les agressions extérieures et intérieures ou contre les abus de pouvoir commis par des représentants de l'autorité étatique constituent en effet à cette époque un enjeu majeur. C'est ainsi que le code pénal napoléonien, reprenant la hiérarchie du code de 1791 réprime en premier lieu les crimes et délits contre la chose publique, et place les infractions contre les particuliers en second lieu de ses préoccupations.

Ce code va réussir à durer durant 180 ans, en se transformant au gré des évolutions de la société. Et nous verrons sur ce point comment l'évolution du droit pénal au cours du XIXème et, surtout, du XXème siècle, va bouleverser la hiérarchie traditionnelle des intérêts protégés.

Ces évolutions seront marquées par la nécessité de réprimer les formes nouvelles de délinquance, souvent liées aux évolutions techniques ou technologiques. Ces bouleversements vont toutefois, de manière principale, se traduire par l'importance croissante portée aux infractions contre les personnes, en illustrant la relative perte d'intérêt du législateur pour les infractions contre la chose publique.

Une des raisons principales est à rechercher dans l'émergence du mouvement d'affirmation des droits de l'homme et des droits fondamentaux marqués par la protection des intérêts individuels des personnes.

C'est ainsi que le code pénal a été irrigué par cette dynamique des droits de l'homme, ce qui a conduit les législateurs successifs à accorder une place grandissante à la protection de la personne, mouvement qui a culminé quand le code pénal de 1994 a placé les infractions contre les personnes au premier rang de ses préoccupations, comme je le rappelais au début de mes propos.

Aborder l'évolution du code pénal et ses transformations nécessite en outre de porter un regard sur son application par les juridictions et par la Cour de cassation. A cet égard, rappelons que Portalis, dans son discours introductif

au code civil, avait estimé qu'« en matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence ».

Il sera intéressant de constater comment, surmontant la défiance des révolutionnaires à l'égard des magistrats, la jurisprudence criminelle va devenir une source de droit à part entière, au point que certains auteurs ont pu considérer que cette jurisprudence s'est affirmée comme un outil de puissance et de pouvoir au service de la Cour de cassation.

Une autre dimension apparaît essentielle et sera abordée au cours de nos travaux : c'est le sens de la peine et son évolution. Michel Foucault a montré comment, sous l'ancien droit, la peine s'appliquait sur le corps même du condamné. Il fallait marquer le corps, le châtier. L'archaïsme et la cruauté de ces châtiments vont susciter l'indignation à partir des siècles des Lumières.

Beccaria considère notamment qu'une peine cruelle est contraire au contrat social qui est à la base du droit de punir. C'est ainsi que les rédacteurs du code pénal de 1791 décidèrent de mettre fin aux supplices, « *ces spectacles cruels qui dégradent les mœurs publics et indignes d'un siècle humain et éclairé* », selon les mots de Le Peletier Saint-Fargeau. Notons toutefois comment ce code de 1791, repris par le code de 1810 maintiendra la peine de mort, sans se contredire en apparence, en considérant que « *la peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés* ».

C'est ainsi que l'emprisonnement fait son entrée dans le code pénal, comme véritable sanction. Ce n'est plus le corps qui est l'objet de la sanction, mais sa liberté, en considérant que la fonction punitive a pour but de rééduquer le coupable et de favoriser son amendement. Notons que le code pénal maintiendra certains supplices qui seront définitivement supprimés par la loi du 28 avril 1832.

Ainsi, après les peines de première génération portant sur le corps, naissent les peines de deuxième génération, qui impactent la liberté du condamné. Il sera intéressant de voir comment sont nées les peines, en quelque sorte, de troisième génération, qui portent sur les droits pouvant être restreints ou faire l'objet de privation.

Mais, une dimension nouvelle est en train de voir le jour. Albert Camus avait écrit prophétiquement que le XXI^e siècle sera le siècle de la peur. Parce que, pour reprendre le titre d'un ouvrage de Mme Mireille Delmas-Marty, l'on vit dans « *un monde dangereux* », la question de la prévention du crime prend une place de plus en plus essentielle dans le débat public. C'est le développement des mesures de sûreté. Il sera donc particulièrement intéressant, en se penchant sur 180 années d'évolution pénale, de réfléchir à ces évolutions.

D'autres dimensions pourront aussi être examinées au cours de cette conférence :

- en premier lieu la dimension constitutionnelle : l'impact du droit constitutionnel est, aujourd'hui, de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal, doit être examiné avec une grande attention ;

- en second lieu, l'irrigation du droit pénal par le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne constitue un aspect essentiel de l'évolution du droit pénal ;

- enfin, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du traité de Lisbonne, l'émergence d'un droit pénal européen devient réalité. Sans doute, s'agit-il ici d'une dimension décisive de l'évolution du code pénal et du droit pénal.

Lors de la conférence de février dernier sur le Parquet européen, bien des auteurs ont pu relever que la naissance du Parquet européen imposait que soient posées des règles d'incrimination et des principes fondamentaux communs. Je commençais mes propos en rappelant que le code pénal était le miroir de notre société. Le droit pénal européen qui se construira sera à cet égard le marqueur des valeurs que l'Europe entend promouvoir.

Je voudrais pour terminer remercier encore très chaleureusement l'ensemble des intervenants. Et avant de vous céder la parole, je vous redis, Monsieur le garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, tout l'honneur qui est le nôtre de vous accueillir à la Cour de cassation.

ALLOCUTION D'OUVERTURE

*Michel MERCIER,
garde des Sceaux,
ministre de la justice et des libertés*

Messieurs les présidents et procureurs généraux des cours suprêmes,
Monsieur le premier président,
Monsieur le procureur général,
Monsieur le président de la cour de justice de la République,
Mesdames et messieurs les professeurs,
Mesdames, messieurs,

Je me réjouis d'être parmi vous, car le sujet qui nous réunit aujourd'hui est des plus passionnants pour le garde des sceaux que je suis. Cette rencontre internationale, placée sous l'égide de la Cour de cassation et du Sénat, témoigne de la qualité des débats que vous mènerez pendant ces deux jours.

La célébration du bicentenaire du code pénal est l'occasion de porter un regard approfondi et rétrospectif sur le droit pénal français. Vous allez envisager au cours de ces deux journées les questions riches et essentielles de son évolution et de ses problématiques contemporaines. Je souhaiterais évoquer devant vous quelques réflexions autour de ces deux axes.

Il est vrai que ces derniers mois l'attention s'est portée sur le code de procédure pénale, à juste titre évidemment puisque sa réforme est en cours. L'actualité du droit pénal n'est pas moindre ; le code a su intégrer les problématiques nouvelles que posait l'évolution de la société.

Mais pour comprendre ces évolutions et leur portée, et puisque nous fêtons aujourd'hui ses deux cents ans, il nous faut d'abord revenir à l'origine du code. Le code de 1810 a connu un précédent en 1791, une profonde rupture avec l'ancien régime, et, afin de mettre effectivement en œuvre la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adoptée deux ans auparavant, il définissait les catégories de peines et entendait prévenir l'arbitraire judiciaire.

Le code de 1810 a consolidé ces avancées, retenant trois catégories de peines, opérant ainsi une clarification du droit pénal.

La « codification » du droit pénal, voilà le maître mot : cet effort de mise en ordre du droit pénal a favorisé sa lisibilité et son accessibilité. On sait l'importance de l'accès au droit, la codification favorise la connaissance du droit applicable, et la connaissance des infractions et des peines est un vecteur de sécurité juridique et de confiance dans la norme pénale. La prévisibilité de la sanction est essentielle dans un Etat de droit.

Les grands principes et les objectifs du code pénal nous les connaissons, mais il est important de les rappeler ici : la sanction, tout d'abord, des auteurs d'infraction ; la protection de la société contre ces auteurs d'infraction ; et tout naturellement la protection des victimes. Ces principes ont persisté à travers les évolutions de la matière, ils se sont enrichis de dimensions nouvelles, avec notamment, l'idée de réinsertion des condamnés.

En matière pénale, les évolutions sont considérables : le « nouveau code pénal de 1994 » et l'adoption de très nombreuses lois depuis ont fait bouger les lignes du domaine. Le code de 1994 introduit des mécanismes juridiques nouveaux en droit français : il innove, ainsi, en instaurant la responsabilité de la personne morale. Il clarifie le droit antérieur afin de le rendre plus lisible et mieux défini. Il vient également renforcer le principe d'individualisation, afin d'obtenir la peine la mieux appropriée et de favoriser ainsi la réinsertion des condamnés.

Depuis 1994, de nombreuses réformes sont intervenues pour adapter le droit pénal aux évolutions sociales ; pour prendre en compte les nouvelles menaces et les nouvelles formes de délinquance. La mondialisation, la lutte contre la criminalité organisée ont constitué des défis d'envergure que le droit pénal a su intégrer. Il a su s'enrichir du droit international pour développer de nouveaux instruments juridiques en matière de lutte contre la corruption notamment. La constitutionnalisation des grands principes, l'évolution du droit européen sont venues consolider le socle pénal.

Surtout, et puisque vous m'accueillez ici, il faut le souligner, la Cour de cassation a joué un rôle considérable dans l'évolution du droit pénal, par sa jurisprudence bien sûr mais aussi par ses propositions de réformes.

Il serait bien difficile de passer en revue les réformes, mais ces dernières années ont amorcé des changements que je voudrais souligner. J'en retiendrai les trois objectifs principaux : la lutte contre la récidive dont l'enjeu est considérable ; l'évolution et la diversification des sanctions ; et la protection des victimes.

Amoinrir les risques de récidive a constitué un objectif central du législateur pénal, car la fermeté des sanctions n'est pas tout. Face au risque de récidive de certains criminels, il a fallu concevoir des réponses pénales adaptées notamment pour prévenir les risques les plus graves et empêcher la réitération de crimes. Depuis 2007, des innovations sont intervenues en la

matière : ont ainsi été créées la rétention et la surveillance de sûreté et le suivi socio-judiciaire a été amélioré. La sanction sèche mais aussi la sortie sèche des détenus ne suffisent pas, la prise en charge médicale, sociale et psychologique est souvent une nécessité.

L'adaptation de la sanction s'opère aussi dans la diversification des peines à la disposition du juge, la création de peines complémentaires, le travail d'intérêt général, le jour amende sont autant d'instruments qui permettent de moduler la peine.

La protection de la société c'est donc en premier lieu la protection des victimes. Celle-ci est un souci constant du droit pénal, qui intègre progressivement de nouvelles infractions : ainsi, la loi du 9 juillet 2010 reconnaît le harcèlement moral au sein du couple. La sanction c'est aussi la réparation, comme en atteste la création de la sanction-réparation en 2007.

Deux cents ans ont passé, des bouleversements sociaux, économiques, sociologiques se sont opérés et le droit pénal a fait preuve d'une grande adaptabilité. Certains principes cardinaux conservent leur pérennité, la protection de la société et des Français est toujours et doit toujours être au cœur des préoccupations du pénaliste. Un équilibre doit aussi être trouvé pour concilier le principe de sanction et l'objectif de réinsertion. Il faut aussi veiller à la lisibilité et la cohérence du droit pénal, afin de garantir la sûreté de nos concitoyens.

Par ce rapide tour d'horizon, je souhaitais soulever ces quelques grandes problématiques. Ces deux journées augurent de très riches débats et je m'en félicite car ils ne peuvent être qu'une source d'inspiration et d'enrichissement pour l'avenir.

Je vous remercie.

RAPPORT INTRODUCTIF

*Jean-Marie CARBASSE,
professeur à l'Université de Montpellier I*

Monsieur le garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés,
Monsieur le premier président,
Monsieur le procureur général,
Mesdames, messieurs,

Voilà six ans qu'ici même, comme en de nombreux autres lieux, était célébré le bicentenaire du code civil. En 2006 nous avons commémoré le bicentenaire du code de procédure civile ; en 2007, celui du code de commerce ; en 2008, celui du code d'instruction criminelle ; et nous voici rendus aujourd'hui au cinquième des grands codes impériaux, le code pénal.

Adopté le dernier, après une élaboration assez difficile dont rendra compte tout à l'heure le professeur Leyte, est-ce à dire que ce code ne constituait, dans l'esprit de l'Empereur, qu'un objet de législation secondaire ? Ce « tard venu », comme disait Georges Levasseur¹, était-il pour Napoléon le moins important ? Il n'en est évidemment rien. En réalité, dans le vaste programme de codification que le premier Consul avait envisagé dès son accession au pouvoir, le code pénal constituait une urgence. Il devait être adopté immédiatement après le code civil et avant le code de procédure civile et le code de commerce². Les deux projets de code civil d'une part, de « code criminel, correctionnel et de police » d'autre part ont donc été mis en chantier dans les mois qui ont suivi le coup d'État de Brumaire. On rappellera tout à l'heure pour quelles raisons ce plan initial n'a pu être respecté et comment le code pénal, séparé du code d'instruction criminelle, n'a finalement été promulgué qu'en dernier lieu.

« Le code pénal, disait Napoléon en 1804, est celui qui influe le plus sur la tranquillité publique ; il contribue beaucoup à mettre les Français dans

¹ « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », *Histoire et droit social (Mélanges Jean Imbert)*, dir. J.-L. Harouel, PUF, 1989, p. 371-384 [372].

² *Locré*, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, *XXIV*, p. 440.

cet état de calme et de repos dont ils ont besoin après de si longues agitations... »¹ mais si le calme et le repos avaient en effet été retrouvés en 1801 et 1802, avec le Concordat et la paix d'Amiens, ce n'était pas pour longtemps. En réalité, dès 1805, la France entrait dans une nouvelle période de turbulences, un nouveau cycle guerrier qui ne s'achèverait que dix ans plus tard dans la « morne plaine » de Waterloo.

Entre temps, après un accouchement difficile, le code pénal avait néanmoins vu le jour. Mais à peine né il avait suscité toute une série de critiques. Discrètes, d'abord, du moins tant que l'Empire a duré, puis de plus en plus vives, ces critiques sont d'autant plus remarquables qu'elles offrent un vif contraste avec l'admiration presque universelle qui avait accueilli le code civil et que même la chute de l'Empereur ne démentait pas. A côté de son brillant aîné, « masse de granit » aussi inaltérable que l'institution préfectorale ou le franc de germinal, le code pénal fait tout de suite figure de mal aimé.

Il obéissait pourtant au même principe que le code civil : celui d'une transaction - d'un compromis ou d'un « concordat » - entre l'héritage de l'Ancien régime et les apports de la Révolution. De l'ancien droit criminel, le nouveau code reprenait l'idée que la peine doit être exemplaire, terrible même, pour être dissuasive. Du droit pénal de la Constituante, le législateur impérial conservait l'idée d'une pénalité largement fondée sur la privation de liberté, celle-ci étant, selon les hommes de 89, le bien le plus précieux de l'Homme et du citoyen. Quant au principe de légalité, autre legs important du droit révolutionnaire et des Lumières², le législateur de 1810 ne le conservait qu'au prix d'aménagements sensibles mais dont l'expérience, comme on le verra, a rapidement montré le caractère insuffisant.

Conciliation, donc, mais difficile. L'Assemblée Constituante avait légiféré dans un climat d'euphorie humaniste en vue d'une « régénération » *collective* de la société qui rendait crédible, par analogie, la possibilité d'une régénération *individuelle* des délinquants. Dix ans plus tard, en 1801, lorsque les rédacteurs du premier projet de code criminel non seulement conservent la peine de mort comme une nécessité d'évidence (alors que cette question avait été longuement débattue en 1791) mais encore en élargissent le champ d'application, lorsqu'ils rétablissent la marque au fer rouge, l'amputation du poing, l'exposition publique, les peines perpétuelles - toutes sanctions abolies en 1791 -, il est clair que la perspective du législateur pénal a radicalement changé. C'est ce complet renversement de perspective que Target, rapporteur du premier projet, résumait en ces termes : « *Une idée de perfectibilité, rarement applicable aux hommes en général, plus rarement encore aux âmes qui se sont altérées dans le crime... avait embelli, aux yeux de nos premiers législateurs, le principe qu'ils adoptaient. C'est une théorie séduisante mais vaine, qu'il faut reléguer dans le monde imaginaire dont les âmes simples et*

¹ Ce propos fait écho à Montesquieu, selon qui le droit pénal « intéresse le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde » (Esprit des Lois, XII, 2).

² mais aussi du droit romano-canonique qui connaissait dès le moyen âge, comme on le verra ci-dessous avec la communication du Professeur Yves Mausen, l'idée de légalité pénale.

pures aiment quelquefois à s'environner, mais que la raison bannit du monde que la loi est chargée de régler... »¹ Treilhard, rapporteur du Livre premier devant le Corps législatif en 1810, abondera dans le même sens : « Ne craignons pas de le dire, cette assemblée [= la Constituante] a trop souvent considéré les hommes non tels qu'ils sont, mais tels qu'il serait à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un *espoir de perfectibilité* qui malheureusement ne se réalise pas... »².

La peine n'a donc plus à être amélioratrice, rédemptrice, « médicinale », comme le croyaient Le Pelletier de Saint-Fargeau et les rédacteurs du code de 1791. Désormais, après dix ans de Révolution violente, la peine n'a plus qu'un seul objectif, strictement utilitaire : maintenir l'ordre politique et social. « La société doit être conservée, dit encore Target, et à des calamités présentes il faut opposer des remèdes rapides : tel est le but des lois criminelles et du code pénal... C'est la *nécessité* de la peine qui la rend légitime. Qu'un coupable souffre, ce n'est pas là le but de la peine, mais *que des crimes soient prévenus*, voilà qui est de la plus haute importance³. »

C'est Target qui parle ainsi, celui-là même qui avait rédigé, dans l'été 1789, en compagnie de Duport, les articles pénaux de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen – Target passé ainsi, comme l'a écrit S. Solimano, « de l'illusion au désenchantement »⁴. Que le code pénal de 1810 soit sensiblement « désenchanté » par rapport à celui de 1791 explique sans doute, au moins pour partie, que ce code « tard venu » soit aussi un code mal aimé. Pour autant, ce discrédit est-il justifié ? Comment juger le code impérial ?

Pour juger avec objectivité le code napoléonien et pour en mesurer l'importance – c'est le propos qui nous rassemble aujourd'hui -, encore faut-il le replacer dans son contexte. En 1800, lorsque commencent les travaux préparatoires, on sort de la Révolution ; en 1810, lorsque le texte définitif est adopté, l'Empire est en guerre depuis cinq ans contre l'Europe. L'époque est violente, et on n'en sort pas. Sans même évoquer la « justice » injuste et sanglante de la Terreur, qu'il nous suffise de rappeler que le Directoire a été une période de très grande insécurité ; une insécurité véritable, attestée par tous les témoignages, et non un simple « sentiment d'insécurité ». Le 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), c'est-à-dire le jour même de sa séparation, la Convention avait adopté un nouveau « code des délits et des peines » destiné à remettre en vigueur, à harmoniser et au besoin à préciser, les grandes lois de procédure et le code pénal de la Constituante. Comme pour

¹ Loqué, op. cit., XXIX, p. 16.

² Loqué, *ibid.*, p. 199.

³ Loqué, *ibid.*, p. 7-8. Les rédacteurs du projet adoptaient ainsi l'utilitarisme intégral de Jeremy Bentham, largement partagé avant la Révolution par Beccaria et les autres réformateurs du Siècle des Lumières ; on retrouvera cette problématique ci-dessous dans l'exposé du Professeur Xavier Martin.

⁴ « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target », Forum historiae iuris, 2004, p. 18 (<http://www.forhistiur.de/zitat/0402solimano.htm>).

réagir contre les « malheureux excès » des années antérieures, unanimement déplorés - y compris par ceux-là même qui y avaient prêté la main -, le nouveau texte multipliait les garanties en faveur des accusés et renforçait les droits de la défense. Quant aux peines, le code de Brumaire renvoyait à celui de 1791, en quelque sorte promulgué une seconde fois, et aux « autres lois pénales » émanées de l'Assemblée législative et de la Convention (art. 610), simplement rectifiées sur quelques points, essentiellement bien sûr dans le domaine de la répression politique (art. 611 et suiv.). Est-ce à dire que, la parenthèse terroriste refermée et la Révolution remontant son cours, un régime vraiment libéral et conforme aux espérances majoritaires de 1789 allait enfin s'épanouir en France ? Comme on le sait, il n'en fut rien. La répression politique se poursuivit, au gré des successifs coups d'État, entretenant un climat de violence larvée de plus en plus mal supporté. Quant à la justice ordinaire, du moins paraissait-elle soucieuse des règles et respectueuse des droits individuels. Mais le bilan de son activité est très médiocre. Faiblesse du ministère public¹, laxisme des jurys, inorganisation du système carcéral : tout concourait à faire des tribunaux ordinaires des instruments de maintien de l'ordre à peu près inefficaces. Ainsi, par un saisissant contraste, tandis que le régime refusait toujours aux Français les libertés les plus élémentaires - en pleine contradiction avec ses principes déclarés -, il était en même temps incapable de leur assurer l'ordre et la sécurité. Les routes n'étaient plus sûres et dans les campagnes les « chauffeurs » terrorisaient les paysans².

Pour tenter de rassurer les populations, le Directoire avait adopté des lois très répressives qui marquaient le retour à une politique criminelle exclusivement fondée sur l'intimidation. C'est ainsi que la loi du 26 floréal an V (15 mai 1797) punissait de mort les coupables de vol à main armée et leurs complices, tandis que la loi du 29 nivôse an VI (18 janvier 1798), inspirée par la célèbre affaire du Courrier de Lyon, comminait la même peine contre les coupables d'attaques à force ouverte sur les routes et contre les auteurs d'effraction dans les maisons en vue de voler ou de tuer, quand bien même cette intention n'aurait pas été suivie d'effet. Non seulement la peine de mort pour vol, abolie par le code de 1791, se trouvait ainsi rétablie, mais encore la simple tentative devenait passible du châtement suprême³. De plus, comme les tribunaux ordinaires restaient suspects de mollesse, il fut décidé que les conseils de guerre seraient compétents chaque fois que ces crimes seraient commis en association par au moins trois malfaiteurs... Voilà pour le

¹ Cf. É. De Mari, « Le parquet sous la Révolution... », *Histoire du Parquet*, dir. J.-M. Carbasse, PUF, 2000, p. 221-255.

² M. Marion, *Le brigandage pendant la Révolution*, Paris, 1934. *La délinquance se parait parfois de prétextes politiques : ainsi chez les « brigands royaux » qui prétendaient rançonner les voyageurs pour le compte des Princes ; de l'autre côté, la lie des sans-culottes se livrait à d'incessantes rapines (dénoncées par Cambon dans son célèbre rapport du 3 germinal an II = 23 mars 1794).*

³ *Ce qui était revenir à la jurisprudence la plus sévère de l'Ancien Régime, celle qui était réservée aux crimes atroces ; on nous permettra de renvoyer à notre Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, 2^e éd., Paris, PUF, 2006.*

contexte politique dans lequel ont travaillé les promoteurs du nouveau code pénal dès le début de l'année 1800.

Quant au contexte idéologique, lui aussi très éclairant, c'est – justement – celui de l'*idéologie*, au sens précis que revêt ce terme à ce moment là : une conception très réductrice de la nature humaine qui est aux antipodes de cet humanisme généralement prêté aux promoteurs de la Révolution comme aux penseurs des Lumières et dont les travaux préparatoires du code pénal de 1791 offrent de si nombreux et touchants témoignages¹.

Dans ce double contexte d'insécurité insupportable et d'idéologie utilitariste, le code napoléonien ne pouvait guère être autre chose que fondamentalement répressif !

Et pourtant, ce code a duré. Moins longtemps, certes, que le code civil, puisqu'il a été remplacé en 1992 / 1994 par un « nouveau » code pénal ; mais enfin il a duré près de deux siècles. Cette longévité ne s'explique donc pas seulement par son adéquation aux circonstances qui l'ont vu naître, mais aussi par ses qualités intrinsèques, durablement reconnues. La principale de ces qualités est sans doute l'équilibre qu'ont recherché les rédacteurs entre d'une part le principe de légalité des peines et d'autre part la nécessité, reconnue à toutes les époques car inhérente à la matière pénale elle-même, d'*ajuster* la sanction aux circonstances précises de l'infraction et à la personnalité du coupable – « ajustement » indispensable à toute décision *juste*. Le code de 1791, dans la ligne de la « nomophilie » des Lumières, avait érigé le principe de légalité des incriminations et des peines en absolu. Parfaitement légitime à l'égard des incriminations, cet absolutisme avait rapidement montré ses limites dans le domaine des peines. De l'avis général, la « variabilité infinie des actions humaines » condamnait le principe même d'un tarif pénal entièrement fixé par la loi et appliqué de façon mécanique par un *juge automate* dépourvu de toute marge d'appréciation. Après dix ans d'expérience, les inconvénients du système étaient patents : voyant « une législation inexorable frapper d'une peine précise un délit qui ne leur paraissait pas mériter tant de rigueur, [les jurés] ont tantôt déclaré le fait excusable, quoiqu'il ne fût atténué par aucune excuse légale, tantôt même, au mépris de leur devoir et au grand dommage de la société, ils se sont laissés entraîner jusqu'à déclarer qu'un crime réel n'était pas constant, et à élever ainsi un vrai coupable aux honneurs de l'innocence pour le dérober à une peine qui leur paraissait excessive ».

Ces critiques, le législateur de 1810 les a prises en compte, mais seulement en partie. Tout en conservant le principe de la légalité des peines (avec son corollaire, la non rétroactivité de la loi pénale plus dure), il établissait pour certaines infractions un maximum et un minimum, entre

¹ Sur la manière dont l'humanisme des Lumières a pu se combiner avec l'utilitarisme et le déterminisme dont les Idéologues feront un système cohérent, cf. plus loin la contribution de Xavier Martin et l'ensemble de ses travaux antérieurs.

lesquels il appartenait aux juges d'*arbitrer* la peine en fonction des circonstances de chaque espèce. Le code répudiait ainsi la conception du juge automate chère aux réformateurs du XVIII^e siècle et aux Constituants, pour revenir à celle du juge « judiciaire » et responsable, conforme à la tradition de l'ancien droit pénal européen. Pourtant, en 1810, le législateur n'a pas osé aller jusqu'au bout : pour les crimes les plus graves en effet, le code continuait de comminer des peines fixes - peine de mort ou travaux forcés à perpétuité - sans qu'aucune atténuation fût possible. De même réservait-il la possibilité de tenir compte de circonstances atténuantes aux délits les moins graves, ceux dont « le préjudice n'excède pas 25 francs »¹. On continua donc à déplorer des acquittements « scandaleux »². De ce fait, sous la Restauration, le code de 1810 fit l'objet des mêmes critiques que celui de 1791. C'est pour desserrer un peu l'étau législatif qu'une loi du 25 juin 1824 permit aux cinq juges des cours d'assises - mais non au jury - de reconnaître des circonstances atténuantes à certains criminels ; cependant la marge d'appréciation laissée aux juges restait trop étroite et les jurys, n'ayant pas la maîtrise du dispositif, continuèrent à acquitter abusivement. Locré, qui avait assuré le secrétariat général du Conseil d'État au moment de la discussion des codes, alla même jusqu'à dire en 1827 que le code pénal avait substitué *l'arbitraire de la loi* à l'arbitraire du juge, à ses yeux beaucoup moins dangereux : « En voulant tout définir, tout régler avec précision, on force le juge tantôt d'en faire trop, tantôt de n'en pas faire assez ; on établit l'arbitraire de la loi, mille fois plus redoutable que le sien³. »

Il revenait au régime de juillet d'aller beaucoup plus loin avec la loi du 28 avril 1832. Cette loi, qui constitue l'un des monuments législatifs de la monarchie de juillet, a étendu le jeu des circonstances atténuantes à l'ensemble des infractions. Désormais, il appartient au jury – et non à la cour - de déclarer s'il y a des circonstances atténuantes, en fonction de l'impression produite sur les jurés par l'ensemble des débats⁴. Une fois les circonstances

¹ Article 463 (« disposition générale » placée à la fin du Livre III). Selon Réal, Faure et Giunti, *conseillers d'Etat*, cette « disposition » constituait pour les juges « un immense bienfait » qui leur permettrait de « débarrasser enfin leur raison de ces entraves d'acier qui la tenaient dans un homicide esclavage (sic !) ; tous les crimes seront atteints, tous les criminels seront punis, parce que cette latitude permettra enfin au juge d'appliquer une peine qui, pouvant toujours être proportionnée au délit, ne sera jamais cruelle, ne sera jamais dérisoire. » (Exposé des motifs du Livre IV devant le Conseil législatif, 10 février 1810). Ce point de vue pêchait évidemment par optimisme !

² Il y a toutefois un domaine où Napoléon est parvenu à imposer sa préférence pour les peines arbitraires, c'est celui du droit pénal militaire. Ainsi le décret du 1er mai 1812 sur les capitulations dispose-t-il, dans son art. 10 : « Les juges appliqueront... en leur âme et conscience, et d'après toutes les circonstances du fait, une des peines du code pénal, civil (sic !) ou militaire qui leur paraîtra proportionnelle au délit ».

³ Locré, *op. cit.*, I, 1827, Prolégomènes historiques, chapitre IX, p. 169-170. Tous les criminalistes de la Restauration se sont prononcés dans le même sens, quoiqu'avec des présupposés très variables : P. Vielfaure, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de juillet...*, PUAM, 2001, p. 337 sq.

⁴ On tirait ainsi les leçons de la réforme manquée de 1824 : « Si la déclaration des circonstances atténuantes était dévolue à la cour... l'incertitude du jury sur le point de savoir si la cour les déclarerait le jetterait dans un excès d'indulgence, parce qu'il ne serait pas certain d'échapper à un excès de sévérité ». La liberté d'appréciation des jurés est complète puisque même s'il y a des

atténuantes admises par le jury, la cour fixe la peine en descendant d'un ou deux degrés, à son appréciation, sur l'échelle des pénalités¹.

Mais ce n'est pas seulement sur ce point que le code de 1810 a dû évoluer. C'était, quant aux pénalités elles-mêmes, un « code de fer », rapidement jugé trop répressif par presque tous les commentateurs. Aussi bien la loi de 1832 ne se bornait-elle pas à rendre aux juges la possibilité de mieux adapter les peines, elle adoucissait en même temps l'ensemble du régime des pénalités. Louis-Philippe, très soucieux de « vivre avec son temps », considérait que le code de 1810 n'était plus en harmonie avec l'esprit de l'époque ; il voulait que la France se remît « à la tête de la civilisation » en donnant l'exemple de l'humanisation des peines. La réforme de 1832 fait donc disparaître les châtiments les plus cruels comme le carcan, la marque et la mutilation du poing. En revanche, même si une partie de la doctrine contestait la peine de mort, la majorité des Chambres a préféré la maintenir, mais en la réservant aux « crimes tellement atroces que leur énormité semble en justifier l'application ». L'abolition est néanmoins considérée désormais comme une perspective souhaitable : la commission de la Chambre des pairs « s'unit aux vœux de ceux qui pensent que cette peine pourra un jour disparaître », tout en considérant que « ce n'est que par degrés que l'on pourra l'effacer de nos lois »...

Cette loi de 1832, longue de 105 articles réformait presque le quart des articles du code pénal (15 articles étaient abrogés, 88 modifiés). C'était donc beaucoup plus qu'un simple « toilettage ». Sous Napoléon III, la loi de 1863 apportera d'autres modifications importantes (en particulier en correctionnalisant un certain nombre de crimes) et les réformes se succéderont ensuite sous les trois Républiques sans véritable pause, jusqu'à la fameuse loi du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort².

En 1910, le premier centenaire du code pénal a été célébré d'une façon relativement modeste, du moins par rapport à la grande commémoration dont avait bénéficié six ans plus tôt le code civil. En 1960, le cent-cinquantième fut encore plus discret, et déjà l'on parlait d'un nouveau code³. Moins prestigieux que son grand aîné, le code pénal napoléonien n'en a pas moins eu, comme lui, un impact européen. Bien sûr, contrairement au code civil, il ne pouvait faire figure de précurseur : non seulement il succédait au

circonstances aggravantes, ils peuvent toujours déclarer qu'il existe des circonstances atténuantes.

¹ Selon Berriat-Saint-Prix, professeur de droit criminel à la Faculté de Paris, la nouvelle loi a eu des effets immédiats sur le comportement des jurys : dès les premières années, le nombre des « acquittements scandaleux » a décliné dans des proportions considérables (Cours de droit criminel, 4^e éd., 1836, p. 58).

² Sur l'histoire du code pénal après 1810 on lira ci-dessous le rapport du Pr Yves Jeanclus.

³ Le premier centenaire a suscité quelques études, par ex. Sabatier, « Napoléon et les codes criminels », Revue internationale de Droit pénal, 1910, et Garraud, « Le code pénal de 1810 et l'évolution du droit pénal », Revue pénitentiaire, 1910. De même, plusieurs études en forme de bilan ont été publiées en 1960 à l'occasion du cent cinquantième, en particulier dans la Revue de Sciences criminelles.

code de la Constituante, mais ce dernier, comme nous le montrera le Professeur Solimano, avait lui-même été précédé en Italie et dans les pays allemands par d'autres codes dont certains avaient suscité beaucoup d'intérêt chez les criminalistes ou les magistrats éclairés – on pense bien sûr à la *Leopoldina*. Pour autant, le code pénal de Napoléon avait bénéficié, comme les autres codes français, de la *ratio imperii* : faute de s'imposer *imperio rationis*, il avait du moins été introduit hors de France par le seul fait de la conquête. L'Empire abattu, qu'en resta-t-il ? Un souvenir plutôt positif et donc une influence non négligeable en Italie, comme nous le montrera le professeur S. Vinciguerra ; un impact plus limité, voire négatif, en Europe centrale - dont traitera ici le Professeur F.-S. Meissel - ou en Espagne...

Quoi qu'il en soit, le code de 1810 a été un moment important de l'histoire française et européenne du droit pénal. Un moment assez important, en tout cas, pour justifier qu'on le célèbre encore, ou du moins qu'on le commémore, alors même qu'il a quitté le champ du droit positif pour devenir un « monument » historique. Et pour justifier une réflexion d'ensemble sur une question qui, elle, reste d'une brûlante actualité : quel peut être aujourd'hui, dans un contexte politique, sociologique, culturel et moral bien différent de ce qu'il était en 1810, le *sens de la peine* ?

LA CODIFICATION PÉNALE AVANT 1810

*La séance est présidée par Jean-Marie CARBASSE,
professeur à l'Université de Montpellier I*

QUID CLARIUS, QUID COMPENDIOSIUS L'IDÉE DE CODE ET LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ PÉNALE DANS LA TRADITION DU *JUS COMMUNE* EUROPÉEN

Yves MAUSEN,
professeur à l'Université de Montpellier I,
membre de l'Institut Universitaire de France

Pour les auteurs du « droit commun » européen – le droit « savant », issu de l'enseignement universitaire tel qu'il s'est mis en place à partir du XII^e siècle – le « code », c'est d'abord la première des compilations justiniennes du VI^e siècle ; mais ce terme peut aussi bien désigner le *Digeste*, tant il est vrai que sous sa forme latine (*codex*), il ne renvoie qu'à la forme du recueil (un livre à la place d'un rouleau – *uolumen*) indépendamment de son contenu (même si le choix d'un format plus aisément consultable va en l'occurrence de pair avec un ordonnancement thématique du fond). Alors même que les trois constitutions ordonnant la composition (*Hæc*), la confirmation (*Summa rei publicæ*) et la correction (*Cordi nobis*) du *code* ainsi que la constitution *Omnem* (qui sert de préface au *Digeste*) en font usage à de multiples reprises, la glose médiévale ne juge d'ailleurs pas utile de l'explicitier ; preuve que ce vocable ne recouvre aucune signification particulière aux yeux des romanistes de l'époque. C'est à partir de ce *corpus* civil et des compilations canoniques (*Décret* de Gratien et collections de *Décrétales*), où se mêlent encore droit de la procédure et droit substantiel, droit privé et droit pénal, que les glossateurs médiévaux imaginent une littérature monographique plurielle. On trouve notamment des traités de procédure, les *ordines iudicarii*, et, apparentés à ceux-ci, des traités de droit pénal général¹. Plus tard, surtout à partir des XV^e-XVI^e siècles, il y aura

¹ Au moins un de ces traités finit même par être partiellement incorporé dans le traité de procédure du même auteur : il s'agit de *De criminibus summula et quæstiones* (éd. R. M. Fraher,

également des traités consacrés plus spécifiquement à telle ou telle question pénale, la torture¹ ou la répression des hérésies par exemple².

Dès lors, le décalage qui existe entre cette production et les caractéristiques de nos codes actuels, telles que B. Oppetit a pu les identifier³, est obvie : les traités médiévaux n'obéissent pas à l'idéologie moderne de la codification et ne sont pas non plus l'expression d'un pouvoir. C'est qu'ils ne sont pas l'œuvre d'un législateur, mais des ouvrages de doctrine. Bien plus, leurs auteurs ne sont pas forcément sensibles au fait que, d'un point de vue historique, les textes sur lesquels ils fondent leurs propres développements sont très largement, soit directement soit indirectement, de nature législative et que, partant, ils sont l'expression d'un pouvoir (impérial, pontifical ou conciliaire) ; ils les considèrent plutôt comme l'expression du droit tout court, « matière première » pour leur propre invention juridique. La méthode scolastique adoptée par les juristes médiévaux offre en effet la plus grande autonomie à l'égard des *auctoritates* de départ⁴. Or, ils exercent cette liberté dans un sens qui rapproche indéniablement leur production de nos problématiques actuelles. Non seulement parce qu'ils lui confèrent une dimension sociale, en adaptant le droit antique aux réalités du monde contemporain, mais encore et surtout parce qu'ils sont guidés par des considérations techniques destinées à améliorer le droit en lui conférant l'unité et la sécurité : « nous n'avons pas hésité, annoncent-ils, à exposer ce qui nous paraît plus clair, plus concis »⁵. Par là ils se posent encore en continuateurs des travaux ordonnés par Justinien, qui voulait, dans un but d'utilité publique, « enlever la prolixité des litiges, retrancher la multitude inutile des constitutions et rassembler les lois en une unité tout en les disposant de façon convenable »⁶. Pour ces traités comme pour le code pénal de 1810, il s'agit en

« Tancred's 'Summula de criminibus' : A new text and a key to the *Ordo iudiciarius* », Bulletin of Medieval Canon Law, new series, vol. 8 (1978), p. 23-35) dont Tancrède transforme la première partie en chapitre de son *Assiduis postulationibus* (éd. F. C. Bergmann, Pillius, Tancredus, Gratia. Libri de iudiciorum ordine, Göttingen, 1842, repr. Aalen, 1965, p. 87-316).

¹ Guido de Suzaria, *Tractatus de tormentis siue de indiciis et tortura*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 1, f° 241 r-246 r ; Balde, *Tractatus de quæstionibus, et tormentis*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 1, f° 292 v-294 r ; Antonius de Canario, *Tractatus de quæstionibus et tormentis*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 1, f° 195 r-200 v.

² Zanchinus Hugolinus, *Tractatus de hæreticis*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 2, f° 234 r-269 v ; Gondissalvus Villadiegus, *Tractatus contra hæreticam prauitatem*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 2, f° 32 r-42 v. Pour une liste plus complète des traités criminels, v. M.-Cl. Lault, *Perseuerare diabolicum. La recherche du concept de récidive dans la science juridique médiévale (consilia et statuts urbains italiens, XII^e-XV^e siècles)*, thèse soutenue à la faculté de droit de Montpellier le 6 janvier 2010, p. 365-367.

³ B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Paris, 1998, p. 8-12.

⁴ Y. Mausen, « *Scolastique juridique* », Dictionnaire de la culture juridique, Paris, 2003, p. 1394-1398.

⁵ « *Quid clarius, quid compendiosius nobis pateat, explanare non distulimus* », De criminalibus causis, éd. J. F. v. Schulte, « De criminalibus causis (aus Bamberger codex P.I.11) », Festschrift B. Windscheid, Bonn, 1888, p. 7-15 [10].

⁶ « *Tria sunt quæ præcipue sunt quæ pertinent ad publicam utilitatem, scilicet prolixitatem litium amputare, multitudinem constitutionum inutilem resecare et leges in unum componere et congrue situare* », casus de Hæc, paraphrasant la constitution.

somme de mettre en ordre la matière juridique (I) pour mieux mettre en forme la pratique judiciaire (II).

I – L'IDÉE DE CODE

L'idée de code s'exprime de façon programmatique dans les préfaces des traités médiévaux (A) ; sa réalisation s'observe à travers les plans retenus par les auteurs pour leurs ouvrages (B).

A – Le programme

Vers le milieu du XII^e siècle, un premier type de préfaces proclame l'intention des auteurs du *ius commune* d'aller au-delà des *leges romaines*¹. *De criminalibus causis* affiche sans détour ses ambitions en une formule que nous venons de citer :

Comme les questions criminelles et leurs tenants et aboutissants sont traités de façon obscure dans les lois, nous n'avons pas hésité à exposer ce qui nous paraît plus clair, plus concis.²

Ainsi le premier traité est aussi le moins réservé et à l'égard des sources romaines, qu'il juge avec sévérité, et à l'égard de sa propre utilité : c'est à l'amélioration du droit de Justinien qu'il entend contribuer en rendant clair et concis ce qui jusque-là serait resté obscur. Pratiquement au même moment, *Tractatus criminum* ne fait guère preuve de plus d'humilité :

Puisque la nouveauté s'est toujours appliquée à découvrir des choses ou bien utiles ou bien agréables, mais parce que les choses nouvellement établies ne suscitent pas d'elles-mêmes autant de confiance que celles qui sont connues pour avoir été approuvées par une longue durée, voilà pourquoi, suivant les vestiges d'une ancienneté vénérable, je me suis appliqué à ramener à l'unité certaines choses très utiles, qui se trouvent sous divers titres et auxquelles on n'a d'ailleurs point recours fréquemment, dans un style bref, en vue d'un usage plus commode, pour que, ainsi rassemblées en termes brefs, ceux qui les lisent puissent plus facilement les mémoriser et découvrir comme à partir d'une table celles dont on les a tirées.³

¹ V. pour la datation et l'origine géographique des deux traités, A. Gouron, « Zu den Ursprüngen des Strafrechts: die ersten Strafrechtstraktate », Festschrift für Hans Thieme, Sigmaringen, 1986, p. 43-57, et, Id., « L'apport des juristes français à l'essor du droit pénal savant », Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems, Cologne-Weimar-Vienne, 1999, p. 337-364 ; Id., « Philologie et histoire du droit : sur l'édition du 'Tractatus criminum' », Initium, 8 (2003), p. 357-372 ; P. Landau, « Lehrbuch contra Fälschung. Die Bamberger Anfänge der europäischen Strafrechtswissenschaft und die Würzburger Güldene Freiheit », Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters, 62 (2006), p. 505-536.

² « Cum de criminalibus quæstionibus et earum exitu in legibus obscure tractatum reperiatur, quid clarius, quid compendiosius nobis pateat, explanare non distulimus », éd. citée, p. 10.

³ « Quoniam nouitas que aut prodessent aut delectarent semper adinuenire studuit, uerum quia que nouiter statuuntur, non tantam ex se fidem prebent ut ea que longeuo tempore probata noscuntur, ideo uenerande uetustatis uestigia sequendo quedam utilissima, in diuersis titulis posita, nec adeo frequentata, in breuem stilum in unum ad conmodiorem usum redigere studui, ut ea breuibis uerbis composita legentes facilius possint mandare memorie, et ea a quibus sumuntur quasi per indicem inuenire », éd. G. Minnucci, Tractatus criminum sæculi XII, Bologne, 1997, p. 3.

Si en l'espèce le droit romain se trouve au moins paré du prestige de l'ancienneté, il encourt tout de même le reproche d'une matière disséminée et insuffisamment connue ; le traité se donne précisément pour mission d'y remédier par sa brièveté, son unicité et sa commodité. A vrai dire, les défauts relevés dans un cas comme dans l'autre sont moins inhérents aux sources antiques qu'ils trahissent une science juridique médiévale qui en est encore à ses débuts ; dans cette mesure, pareils projets de continuation et de perfectionnement des compilations justiniennes sont bel et bien conformes aux besoins de la romanistique de l'époque. A la rareté des manuscrits des compilations justiniennes d'un côté, à la complexité de leur contenu de l'autre, l'on répond par la rédaction de résumés qui permettent un accès aisé aux passages attirant l'attention dans un premier temps¹. Il appartiendra aux générations suivantes de renouer avec le désir d'exhaustivité des juristes byzantins.

C'est ainsi qu'un second type de préfaces voit le jour au XIII^e siècle, dans lesquelles les auteurs affichent leur volonté de se situer avant tout au sein de la tradition du *ius commune*². Albertus Gandinus explique en ces termes la rédaction de son *Libellus super maleficiis et causis criminalibus* :

Quand j'étais installé à Pérouse, moi, Albertus de Gandino de Crema, j'ai composé ce petit libelle, qui contient et allègue certains points de procédure en matière de crimes et de nombreuses questions ayant rapport aux crimes. Je l'ai puisé dans la lecture de maître Odofredus et dans les écrits et les raisonnements de maître Guido de Suzaria et d'autres experts en droit, aussi nombreux que possible, et dans ce que j'ai pu savoir de ce qu'on observe souvent de fait. A vrai dire, parce que ce libelle souffre de nombreux défauts et parce qu'il est dit que rien ne doit être considéré comme fait aussi longtemps qu'il reste quelque chose à faire, comme en *C. de senatus consultum*

¹ Aussi la matière est-elle mieux classée dans les auctoritates que nos traités le laissent entendre. Les principaux sedes materiae sont : dans le code, le livre 9 (*C. 9. 1-6 : procédure ; C. 9. 7-39 : crimes ; C. 9. 40-51 : questions diverses, dont en C. 9. 41, la torture et en C. 9. 47, les peines*) ; dans le Digeste, les livres 47 et 48 (*D. 47. 1 : délits privés ; D. 47. 2-22 : crimes ; D. 47. 23 : actions populaires ; D. 48. 1 : procès publics ; D. 48. 2-3 : procédure ; D. 48. 4-15 : crimes ; D. 48. 16-24 : questions diverses, dont en D. 48. 18, la torture et en D. 48. 19, les peines*) ; dans le Décret (compilation la moins bien ordonnée), notamment *C.2 q.7-8, C.3 q.4-5, C.4 q.1 (accusation) ; C.3 q.9-11, C.4 q.4-6 (procédure), C.15 q.3 (crimes), C.23 q.4-6, C.24 q.1 c.21 (punition et peines)* ; dans les Décrétales, le livre 5 (*X. 5. 1 : procédure ; X. 5. 2-3, 7-33, 36 : crimes ; X. 5. 34-35 : purgation ; X. 5. 37 : peines ; X. 5. 38 : pénitences et rémissions ; X. 5. 39 : excommunication*). Une lecture continue et attentive des auctoritates a d'ailleurs permis aux glossateurs de retrouver la démarche des compilateurs. La gl. sur « de iis qui accu. etc. » ad *C. 9. 1* par exemple, mais également les introductions aux titres 47 et 48 du Digeste ainsi qu'au titre 5 des Décrétales de Grégoire IX montrent que la logique interne de l'ordonnement thématique ne leur est pas restée cachée.

² Il convient de préciser que certains des traités de cette période ne comportent pas de préface. Ainsi de Tancrede, *De criminibus summula...*, éd. citée ; Bonincontrus, *Tractatus aureus de accusationibus et inquisitionibus*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 1, f° 5 v-8 r ; Bartholomeus Tægius, *Tractatus uarii ad criminalia causas pertinentes*, éd. *Tractatus uniuersi iuris*, XI, 1, f° 10 r-22 v. De son côté, Bonifacius de Vitalinis consacre le proème de son *Tractatus de maleficiis non à des considérations d'ordre méthodologique, mais au récit de la genèse, qui lui permet de poser la question de la nécessité du droit, à partir de là, de proposer quelques considérations sur l'office du juge* (éd. *Tractatus diuersi super maleficiis*, Venise, 1560, p. 295-578 ; v. infra).

Silanianum, l. cum Silanianum (C. 6. 35. 11), et parce que la matière de ce libelle réside dans l'usage quotidien et ne doit en conséquence ni être méprisée ni même négligée, comme en *ff. de liberatione legata, l. legau, au début* (D. 34. 3. 25), et en *ff. de usucapionibus, l. iusto errore, au début* (D. 41. 3. 44 pr.), j'ai prévu d'améliorer, corriger et compléter ledit libelle, pour l'utilité et l'érudition d'Albicus et de Jacobinus, mes fils qui étudient le droit civil à Padoue, en vue de la correction et de l'apport de n'importe quel savant.¹

On trouve un discours semblable sous la plume d'Angelus Aretinus, en ouverture de son *De maleficiis tractatus* :

C'est ainsi que plusieurs étudiants en droit civil qui désiraient s'en occuper avec dignité m'ont demandé d'écrire sur la recherche et la punition des crimes pour qu'ils puissent de manière plus facile et plus droite les discerner et les corriger par de justes peines. Ce n'est donc pas fort de mon talent mais conduit par leurs prières et cet instinct naturel dont j'ai parlé, que j'ai estimé ne pouvoir absolument pas leur refuser mon service en cette matière, surtout à des personnes qui désirent ce qui est droit et demandent ce qui est juste. Et donc, puisque dans cette matière on traite de la vie et des mœurs des hommes, choses les plus importantes parmi les choses mortelles, c'est après avoir collecté les avis de nombreux docteurs et les opinions vraies et suivies communément, que j'ai décidé de les mettre sous forme de libelle et de n'ajouter de moi que quelques remarques brèves. En effet, à l'exemple du très savant jurisconsulte Paperius [*sic*], il m'a semblé suffisant de disposer et ordonner ce que ces hommes très savants ont découvert grâce à leur travail acharné et mis dans leurs écrits, de telle sorte que la recherche et la connaissance en paraissent plus faciles. Et voilà pourquoi, alors que je lisais les droits civils publiquement dans le centre d'études de Bologne, célèbre et renommé entre tous de par le monde, moi, Angelus de Gambilionibus de Aretio, le plus insignifiant d'entre les docteurs en lois, j'ai commencé cet ouvrage et je l'ai fini en peu de temps, ouvrage que je remets aux respectables maîtres recteurs et aussi aux plus éminents docteurs et aux étudiants remarquables qui sont à Bologne, afin qu'il soit corrigé et amélioré en fonction du jugement de tous. Quant à toi, lecteur, je voudrais que tu le lises attentivement, non dans le but de le rabaisser ou de le blâmer, mais poussé par l'amour, et si tu y trouves des choses qui ne sont pas fondées ou qui sont rédigées de façon peu parfaite, que tu y supplées par ta science et que ce qui semble moins dit pour l'équité du droit, tu le corriges et l'améliores par ta prudence.²

¹ « *Cum assiderem Perusii, ego Albertus de Gandino de Crema composui illum paruum libellum, qui quedam de ordine maleficiorum et plurimas questiones ad maleficia pertinentes continet et allegat. Eumque sumpsit ex lectura domini Odofredi et ex scriptis et rationibus domini Guidonis de Suzaria et aliorum quam plurimorum peritorum in iure et ut plurimum de facto cognoueram obseruari. Verum, quia ille libellus multos defectus patitur, et quia legitur quod nihil intelligitur actum dum aliquid superest ad agendum, ut C. de senatus consultum Silanianum, l. cum Silanianum [C. 6. 35. 11], et quia ipsius libelli materia in usu cottidiano consistit et ideo non est spernenda nec etiam negligenda, ut ff. de liberatione legata, l. legau in princ. [D. 34. 3. 25] et ff. de usucapionibus, l. iusto errore in princ. [D. 41. 3. 44 pr.], prefatum libellum reformare, corrigere et supplere preuidi ad utilitatem et eruditionem Albicini et Jacobini, filiorum meorum Padue studentium in iure ciuili, ad emendationem et suppletionem cuiuslibet sapientis* », éd. H. Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Berlin-Leipzig, 1926, 2. vol., p. 1.

² « *Itaque enim essem rogatus a pluribus iuris ciuilibus studiosis et qui in eo administrando uersari cum dignitate cuperent, ut de inquirendis puniendisque criminibus conscriberem quo facilius ea et rectius diiudicare et iustis penis emendare possent. Non ingenio fretus sed eorum præcibus et eo quo dixi naturæ instinctu adductus, minime in hoc a me illis officium meum denegandum*

En un siècle, l'optique a donc changé du tout au tout. Ce n'est plus directement à partir des *auctoritates* romaines ou canoniques, mais en ayant recours à la littérature juridique et à la pratique médiévales qu'Albertus et Angelus avouent avoir composé leurs traités. Pareils emprunts existaient à vrai dire déjà et le *Tractatus criminum* par exemple a largement emprunté à la *Summa Codicis* de Rogerius ainsi qu'à la *Summa Vindobonensis*. Il n'en reste pas moins que l'intégration affichée de travaux antérieurs dénote une volonté nouvelle de porter à la perfection moins les *auctoritates* que la science juridique elle-même. Et ce perfectionnement est dorénavant compris comme la réalisation de l'exposé le plus complet possible. C'est pourquoi le traité n'est plus présenté comme une œuvre achevée et d'autant meilleure qu'elle est synthétique, mais comme une étape d'un processus collectif qu'il importe de faire évoluer continuellement. L'objectif poursuivi peut varier tout comme le public visé (pour Albertus Gandinus, c'est l'enseignement, pour Angelus Aretinus, la pratique), la méthode reste fondamentalement identique et correspond bien aux efforts d'une science désormais en pleine possession de ses moyens et désireuse de porter à son plus haut degré technique le domaine qu'elle étudie.

Au XII^e comme aux XIII^e et XIV^e siècles, les positions méthodologiques annoncées dans les préfaces connaissent une traduction concrète dans les plans d'exposition de la matière traitée.

B – La réalisation

Au premier type de préface du milieu du XII^e siècle correspondent des plans très différents et éclectiques. *De criminalibus causis* est un ouvrage très ramassé, composé, après la préface et un groupe initial de questions relatives à la procédure, de quatre petites parties. La première est consacrée à la question de savoir « quelles personnes peuvent accuser ou être accusées »¹, la deuxième évoque les « moments des questions criminelles »², la troisième énumère « les

putavi, praesertim recta cupientibus et iusta petentibus. Quare cum in hoc de uita et moribus hominum agatur quae inter mortalia potissima sunt, collectis multorum doctorum sententiis atque opinionibus ueris et communiter usitatis, decreui eas in libellum conferre nec ex meipso quicumque nisi breues notulas aliquas addere. Satis enim mihi uisum est ad similitudinem doctissimi Paperii [sic] iurisconsulti: si ea quae ab illis doctissimis uiris summo labore conquisita ac literis prodita essent ita disponerem atque ordinarem ut eorum inuestigatio et perceptio facilius uideretur. Qua de re cum publice in inclyto ac in orbe famosissimo studio Bononiae iura ciuilia legerem, ego Angelus de Gambilionibus de Aretio, minimus inter legum doctores, id opus aggressus sum breuique tempore persolui, quod spectabilibus dominis rectoribus necnon excellentissimis doctoribus et scholaribus egregiis Bononiae commorantibus assigno, quodque omnium iudicio corrigendum atque emandandum trado. Tu igitur lector uelim ipsum non detrahendi aut uituperandi studio sed amore impulsus diligenter legas et si quid in eo aut inconditum aut parum perfecte scriptum inueneris, id tua doctrina suppleas et quod minus pro iuris aequitate dictum uideatur prudentia corrigas emendesque », éd. Lyon, 1551, p. 1.

¹ « Qui possint accusare uel accusari », éd. citée, p. 11.

² « De temporibus criminalium quaestionum », éd. citée, p. 13.

affaires à propos desquelles on peut conclure un accord ou non »¹, la quatrième indique « par quelle peine l'accusé est châtié »².

De son côté, *Tractatus criminum*, plus volumineux, comporte six parties, chacune sous-divisée en un nombre variable de paragraphes, de trois à neuf. La première est intitulée « les accusations ». On y apprend :

[1] ce qu'est accuser et [2] dans quel ordre il faut accuser et [3] de quelle manière l'accusation doit être poursuivie et [4] qui peut accuser et [5] jusqu'où.³

La deuxième partie expose « les divisions des crimes » et met en œuvre trois distinctions :

parmi les crimes, [1] les uns sont publics, les autres privés, les autres ni publics ni privés. [2] De même, les uns sont ordinaires, les autres extraordinaires. Qui plus est, les uns sont publics et ordinaires, les autres publics et extraordinaires, les uns privés et ordinaires, les autres privés et extraordinaires. [3] De même, les uns emportent infamie en raison du genre du délit, les autres en raison de la sentence, les autres en raison du genre de la peine.⁴

La troisième partie analyse la loi Julia sur l'adultère et le stupre et ajoute quelques développements sur l'inceste⁵. La quatrième partie commente rapidement le sénatus-consulte Turpillien et expose une théorie des abolitions⁶. La cinquième partie aborde la torture :

Il faut savoir [1] par quelle procédure il faut en venir à la question et [2] dans quelle affaire il faut avoir recours à la question et [3] comment il faut interroger et [4] quelles personnes ne peuvent pas être torturées envers quelles [autres] personnes et [5] de la confiance de la question.⁷

La dernière partie enfin revient sur les crimes et évoque aussi les peines :

¹ « *De quibus liceat pacisci uel non* », éd. citée, p. 13.

² « *Qua pœna reus cœrceatur* », éd. citée, p. 14.

³ « *De accusationibus. [...] Videndum est igitur quid sit accusare, et quo ordine accusandum, et quomodo accusatio exequenda, et quibus liceat accusare et quousque* », éd. citée, p. 4.

⁴ « *De divisione criminum. [...] Criminum 'alia sunt publica, alia priuata, alia nec publica nec priuata'. Item alia sunt ordinaria, alia extraordinaria. Insuper 'alia publica et ordinaria, alia publica et extraordinaria'; alia priuata et ordinaria, alia priuata et extraordinaria. Item alia inrogant infamiam ex genere delicti, alia ex sententia, alia ex genere pene* », éd. citée, p. 11. V. A. Gouron, « *L'apport des juristes français...* », art. cité, p. 346.

⁵ « *Ad legem Iuliam de adulterio et stupro. [...] In primis uidendum est cum quibus stuprum, cum quibus adulterium committatur. Item qui possunt de stupro et adulterio accusari, et qui accusare possunt, et quo tempore sit accusandum et quo ordine, et qui sunt preferendi, et infra quod tempus, et quibus ex causis remoueantur, et quibus adulterum perimere liceat, et quo loco et que sunt hec crimina et que eorum criminum pena* », éd. citée, p. 21 ; « *uidendum est quid sit incestum, et quid incesti pena, et quo tempore de incesto liceat accusare* », éd. citée, p. 30.

⁶ « *Ad senatusconsultum Turpillianum et de abolitionibus. [...] Videndum est quis incidat in senatusconsultum Turpillianum et que sit pena Turpilliani. Item quid sit abolitio et quot genera abolitionis et quibus abolitio sit necessaria, et quibus sit concedenda, et quibus concessa proficiat, et quando reum repetere liceat, et infra quod tempus* », éd. citée, p. 33.

⁷ « *De questionibus. [...] Sciendum est quo ordine ad questionem sit ueniendum, et in qua causa questio sit habenda, et quomodo sit interrogandum, et qui aduersus quos torqueri non possunt, et de fide questionis* », éd. citée, p. 40.

Puisque le recours aux crimes est fréquent et que dans les procès l'on a également recours à leur problématique, nous allons voir [1] de quelles manières ces crimes sont commis et [2] quels crimes se transmettent aux héritiers et [3] quelles sont les peines corporelles et pécuniaires.¹

A ces deux traités majeurs, il conviendrait d'ajouter celui de Tancrède, postérieur de quelques décennies, qui articule un bref exposé de procédure pénale à six questions, elles aussi centrées sur des points de procédure². Si l'on compare ces plans avec ceux des titres du *code* et du *Digeste*, et même de la compilation de décrétales ordonnée par Grégoire IX³, on comprend en quoi consiste la simplification des sources romaines annoncée dans les préfaces : la casuistique romaine est négligée au profit de questions d'ordre général. Les compilations byzantines, conformément au propre développement et à la nature profonde du droit qu'elles recueillent, procèdent surtout par énumération des différents crimes, chacun bénéficiant d'un régime judiciaire individuel. Les premiers traités médiévaux quant à eux préfèrent d'emblée d'un côté mettre l'accent sur les différents aspects de la procédure pénale, notamment accusatoire, et de l'autre classer et analyser les crimes suivant des catégories inspirées du droit romain ou d'après des critères tant factuels que juridiques.

Aux XIII^e et XIV^e siècle, les hérauts du *ius commune* poursuivent la démarche de leurs prédécesseurs mais renouent également avec la méthode des sources civilistes et canoniques dont ils cherchent à mieux refléter la spécificité. Il en résulte des plans extrêmement complexes, dont les articulations ne sont pas toujours clairement indiquées et qui mêlent droit processuel et droit substantiel. Tel est le cas du *Libellus super maleficiis et causis criminalibus* d'Albertus Gandinus et plus encore du *Tractatus de maleficiis* de Bonifacius de Vitalinis. Ainsi, dans le prolongement des développements désormais habituels relatifs à l'accusation, le premier présente les trois autres voies judiciaires qui permettent de relever un comportement délinquant (dénonciation, inquisition et exception), auxquelles il ajoute encore le cas de figure du crime notoire. Introduit à des fins essentiellement systématiques, ce dernier est à son tour l'occasion de

¹ « *De criminibus. [...] Quoniam criminum frequens est usus, ipsorum quoque in iudiciis questio usitatur, quibus modis ipsa crimina committantur, uideamus, et que crimina transeant ad heredes, et que sint pene corporales et pecuniarie* », éd. citée, p. 44.

² « [1] *Quot modis contra criminosos pro criminibus procedatur, [2] qualiter et [3] qua pena plectantur* » (Tancrède, *De criminibus summula et questiones*, éd. citée, p. 29). En fait, le plan annoncé n'est que partiellement suivi. Les deux premiers points sont traités de façon mêlée ; le troisième n'est abordé que dans la sixième question : « *Ultimo queritur qua pena puniendus est ille qui conuincitur de aliquo delicto in tali iudicio, scilicet inquisitionis* » (éd. citée, p. 35). Les autres questions soulèvent les points suivants : « *Ecce commissa est alicui inquisitio contra aliquem prelatum. Queritur an aliquis contra eum agere possit* » (éd. citée, p. 32) ; « *Item queritur secundo loco an talis actor ualeat per exceptionem criminis ab agendo repelli* » (éd. citée, p. 33) ; « *Tertio loco queritur si habeat locum reinquisitio contra eum qui litteras impetrauit si reus petat de facto actoris inquiri* » (éd. citée, p. 34) ; « *Quarto queritur si citari debet ille contra quem agitur* » (ibid.) ; « *Item queritur si iudex datus ad inquisitionem faciendam possit uices suas alii delegare* » (ibid.).

³ V. supra, n. 11.

substantielles remarques concernant la renommée et les présomptions. Albertus aborde ensuite des questions de procédure, présente les peines et conclut sur une casuistique très développée relevant surtout du droit statutaire¹. Bonifacius introduit à son tour de nombreuses rubriques de procédure mais se complaît pour l'essentiel dans une longue énumération des crimes publics et privés². C'est donc en recompilant les titres du *code* et du

¹ [I] *L'ouverture du procès pénal*, 1) *l'accusation*], a) *quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, b) *qui possunt accusare et qui non*, c) *qui accusari possunt*, d) *qualiter fiat ipsa accusatio*, e) *qualiter aduocati circa accusationem se debeant continere*, 2) *quomodo de maleficiis cognoscitur per denuntiationem*, 3) *quomodo cognoscitur per inquisitionem*, 4) *quomodo cognoscitur per exceptionem*, 5) *quomodo de maleficiis cognoscitur quando crimen est notorium* [ce titre est indiqué dans le sommaire, on ne le retrouve cependant pas en tant que rubrique même si la matière est traitée à l'endroit indiqué], a) *quid sit fama et quid infamia*, b) *unde aut a quo loco possit fama procedere*, c) *a quo uel a quibus personis possit fama incipere et ex quo tempore*, d) *qui ad probationem fame possint uel debeant de iure admitti*, e) *qualis et quantus sit fame effectus*, f) *de presumptionibus et indiciis dubitatis quibus proceditur ad tormenta*, g) *de presumptionibus et indiciis indubitatis quibus condemnatio possit sequi*, h) *de rumore, de occulto et de manifesto*, i) *quomodo de maleficiis cognoscitur quando crimen est notorium* ; [II] *le déroulement du procès*], 1) *de citationibus faciendis*, 2) *utrum procurator in maleficiis interueniat et quando*, 3) *quid sit agendum reo absente et contumace*, 3') *de bannitis pro maleficio*, 4) *quid sit agendum quando reus est presens*, 5) *de questionibus et tormentis*, 6) *de defensione a reis facienda* ; III) *de transactionibus et pactis in maleficiis* ; [IV] *les peines*], 1) *de penis reorum in genere, de percussione et insultibus*, 2) *de homicidariis et eorum pena*, 3) *de furibus et latronibus et malefactorum receptatoribus*, 4) *de falsariis et falsitatibus*, 5) *ubi et quo loco puniantur delinquentes*, 6) *utrum pena possit augeri uel minui*, 7) *de bonis malefactorum* ; V) *de multis questionibus extrauagantibus occurrentibus in maleficiis* ; VI) *de rebus uetitis extra territorium non portandis* [ce titre est indiqué dans le sommaire, on ne le retrouve cependant pas en tant que rubrique à l'endroit indiqué et la matière est traitée sous la question 28 de VII'] ; VII) *de statutis et eorum obseruantia* ; VII') *de multis questionibus maleficiorum dependentibus a statutis*. [La numérotation et les titres entre crochets et en français ne sont pas d'Albertus Gandinus mais ont été rajoutés par nos soins pour faciliter la compréhension.]

² I) *Quid sit maleficio* ; II), 1) *de his qui accusare non possunt*, 2) *qui accusari non possunt*, 3) *de procuratore defensore excusato quando admittatur in criminali* ; III) *quis alium possit offendere et uindictam facere* ; IV) *quibus de causis quis possit ad mortem uel in membro condemnari* ; V) *de publicis iudiciis*, 1) *ad legem Iuliam maiesta[tis]*, 2) *de adulterio, incestu et sodomis*, 3) *de homicidio et qui dicantur homicidæ*, 4) *de insultu percussione, defensione et qui excusantur a delicto*, 5) *de parricidiis et eorum pœnis*, 6) *ad legem Iuliam peculatus*, 7) *de falsis*, a) *de pœna falsantis monetam*, b) *de pœna falsantis mensuras et pondera*, c) *de pœna mutantis sibi nomen*, d) *de pœna adscribentis sibi aliquid in testamento uel aliter*, 8) *ad legem Iuliam de ui priuata*, 9) *ad legem Iuliam de ui publica*, 10) *ad legem Iuliam de ambitu*, 11) *ad legem Iuliam repetund[arum]*, 12) *ad legem Iuliam de annona*, 13) *de crimine hæresis*, 14) *de Iudæis et in quibus grauantur*, 15) *de apostatis*, 16) *de pœna blasphemantium Deum et sanctos et de periurio*, 17) *de pœna committentis sacrilegium*, 18) *de sortilegiis et anathematicis*, 19) *de pœna uiolantis sepulchrum*, 20) *de pœna plagiarii*, 21) *de collegiis illicitis*, 22) *de seditiosis* ; VI) *de priuatis delictis* : *de furtis, robariis et latrociniis* ; VII) , 1), a) *de notoriis criminibus cum forma accusationis et probationis filiationis et consanguinitatis*, b) *forma accusationis in notorio facti*, c) *de citatione accusati uel inquisiti*, d) *forma citationis accusati uel inquisiti*, e) *forma relationis apparitoris uel nuncii*, f) *de comparitione accusati cum forma confessionis, promissionis, satisfact[ionis] et termini*, 2) *de probatione et quot sunt genera probationum*, a) *de testibus et qui repelluntur a testimonio*, b) *forma libelli*, c) *de indiciis*, d) *de rumore*, e) *de præsumptionib[us]*, f) *de quæstionibus et tormentis et quæ personæ excusantur ab ei*, **qualiter sit fienda tortura*, ***de quibus causis quis possit torqueri*, ****quæ indicia debeant præcedere torturam*, *****de perseueratione post tormentum et de ipsius pœna* ; VIII) *forma summarium*, 1) *de confessione et contra eos quid sit fiendum*, 2) *de pœnis condemnationis et bannis et eorum formis*, 3) *quot modis super maleficiis procedatur*, a) *quid sit accusatio*, b) *de denuntiationibus et notificationibus et*

Digeste et en traitant de façon approfondie d'autres thèmes connexes que ces auteurs remplissent le programme qu'ils avaient annoncé dans leurs préfaces.

Dans la suite, c'est le mélange de règles de procédure et de droit substantiel qui recule. Dès le milieu du XIV^e siècle, Bonincontrus se restreint dans son *Tractatus aureus de accusationibus et inquisitionibus* à la présentation des voies judiciaires et se contente même de renvoyer, pour ce qui est de l'identification des personnes qui peuvent accuser et de celles qui peuvent être accusées, à l'œuvre de Guillaume Durant¹. Deux siècles plus tard, dans ses propres *Tractatus uarii ad criminales causas pertinentes*, Bartholomeus Tægius se consacre à l'inverse entièrement à l'analyse du crime en lui-même².

D'une certaine façon, ces trois méthodes d'exposition de la matière pénale constituent autant de solutions à l'aporie de toute codification : l'inconciliable double nécessité de concision et de complétude. C'est surtout du XII^e aux XIII^e et XIV^e siècles qu'elle reçoit deux solutions tout aussi radicales qu'opposées. S'agissant de droit pénal, le problème était d'autant plus crucial que le principe de légalité pénale se précisait.

II – LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ PÉNALE

A l'évidence, affirmer un principe de légalité suppose résolue la question des sources du droit en vigueur. Pour les auteurs du *ius commune*, il ne pouvait s'agir que des anciennes *leges* romaines, acceptées en tant que droit commun et en tant que tel supplétoire, combinées aux dispositions statutaires

pluribus formis earum, c) de inquisitionibus et earum formis ; VI), 1) de furibus, latronibus et robatoribus, 2) de raptoribus, 3) de receptatoribus furum et aliorum malefactorum, 4) de furtis aduersus nautas, 5) ui bonorum raptorum, 6) si quid raptum est occasione incendii, ruinæ uel naufragii, 7) de incendiariis, 8) de iniuriis, 9) de damno dato, 10) si quid sit deiectum de domo alterius ex quo damnum datum sit alicui, 11) de abigeis, 12) de crimine concussionis, 13) de famosis libellis, 14) de residuis, 15) de extraordinariis criminibus, 16) de termino moto, 17) de arboribus furtiue cæsis, 18) de ludo azardi et alearum, 19) quibus concessa est correctio, 20) de aggeribus Nili uel alterius fluminis non rumpendis, 21) de carceribus priuatis uel fractis et custodibus earum, 22) de pœna desistentis ab accusatione et qui puniantur pœna Turpiliani, 23) de collusione ; VIII), 1) de abolitionibus, 2) de treuga, 3) de pace. [La numérotation n'est pas de Bonifacius de Vitalinis.]

¹ Ed. citée, f^o 5 v, § 2.

² « *Uolens sequi uestigia i[uris] c[onsultorum] in l. i., ff. de iusti. et iure re [D. 1. 1. 1] et in l. i., ff. de orig. iur. [D. 1. 2. 1] Primo demonstrare quid sit crimen, secundo quæ sunt criminis partes, tertio quomodo crimen deducatur in esse, quarto qua pena plectantur hi qui mediate et accessorie crimina committunt, postremo quibus modis criminum censuræ considerari et terminari debeant* », éd. citée, f^o 10 v. Il est à noter qu'en l'espèce, le plan annoncé ne reflète que de façon très sommaire la structure finale, l'ouvrage comportant en fait 19 titres. Les première et deuxième partie annoncées constituent ensemble le premier titre ([1] de crimine) ; le troisième point se subdivise en 7 titres ([2] de his qui sola cogitatione delinquant, [3] de his qui tantum agunt, [4] de his qui sola perfectione delictum deducunt in esse, [5] de his qui cognitione et perfectione tantum delinquant, [6] de his qui non cogitant sed agunt et perficiunt delicta, [7] de his qui cogitant et agunt sed non perficiunt delicta, [8] de his qui delinquant cogitatione, actione et perfectione simul) ; le quatrième se compose des 4 titres suivants ([9] de his qui puniuntur, licet non cogitent nec agant nec perficiant, [10] de mandato, [11] de consilio, [12] de auxilio) ; le dernier comporte les 7 derniers titres ([13] de causa, [14] de persona, [15] de loco, [16] de tempore, [17] de qualitate, [18] de quantitate, [19] de euentu).

des villes, reconnues en tant que droit particulier et en tant que tel dérogoratoire. Cette hiérarchie, établie une fois pour toutes par Bartole au XIV^e siècle, s'esquisse en réalité beaucoup plus tôt, au point qu'Albertus Gandinus peut déjà en faire état à deux reprises dans son *Libellus super maleficiis et causis criminalibus*¹. A l'évidence encore, les statuts en question doivent nécessairement être licites et les lois équitables².

Ainsi compris, le droit commun médiéval connaît, en matière pénale, tout d'abord une légalité procédurale. Elle signifie pour la partie, outre l'interdiction de la vengeance³, la restriction de la faculté de composer⁴ ; elle emporte pour le juge, d'un côté, l'obligation de donner suite à une dénonciation⁵ et également de poursuivre le criminel par la voie inquisitoire lorsque c'est la *fama*, c'est-à-dire sa mauvaise renommée, qui l'accuse⁶ et, de l'autre côté et de façon complémentaire, l'interdiction de s'éloigner de l'*ordo* fixé par la procédure romano-canonique, notamment en lançant une *inquisitio* en l'absence de *fama* préalable⁷.

Mais il y a par ailleurs et surtout la légalité des peines⁸. Pour Albertus Gandinus, celles-ci se définissent même en termes de légalité : « la peine, c'est la réparation du délit ou pour le délit qui est, en raison des délits, imposée par la loi ou par un officier de la loi »⁹. Le même auteur introduit encore dans son *Libellus* une rubrique entièrement consacrée à la question de savoir « si la peine peut être augmentée ou diminuée »¹⁰. Si ce point mérite discussion, c'est qu'à défaut d'affirmer un principe général, les juristes médiévaux proposent une théorie fondée sur la distinction entre crimes ordinaires et

¹ Ed. citée, p. 218 et 219 s.

² V. Albertus Gandinus, *Libellus super maleficiis...*, éd. citée, p. 219 et 383 ; Bonifacius de Vitalinis, *Tractatus de maleficiis*, éd. citée, p. 296, § 3 et p. 298, § 12.

³ V. p. ex. encore Bonifacius de Vitalinis, *Tractatus de maleficiis*, éd. citée, p. 296, § 1.

⁴ De *criminalibus causis*, éd. citée, p. 10 ; Albertus Gandinus, *Libellus super maleficiis...*, éd. citée, p. 185-209. V. sur cette question J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2. éd., Paris, 2006, p. 277 s.

⁵ V. Bonincontrus, *Tractatus aureus de accusationibus...*, éd. citée, f^o 6 r, § 11 et f^o 6 v, § 18. V. aussi f^o 7, § 34.

⁶ V. Tancrede, *De criminibus summula...*, éd. citée, p. 30.

⁷ V. Tancrede, *De criminibus summula...*, éd. citée, p. 30 et 32 s. ; Bonincontrus, *Tractatus aureus de accusationibus...*, éd. citée, f^o 6 r, § 13, f^o 6 v, § 21 s. et f^o 7 r, § 33.

⁸ Concernant les incriminations en effet, le principe de leur légalité n'est proposé que très tard et pour être rejeté immédiatement (Bartholomeus Tægus, *Tractatus uarii...*, éd. citée, f^o 10 v, § 6 : « Dicat non esse delictum ubi non est pena tex. in l. i §. i., ff. ne quis eum qui [D. 2. 7. 1. 1]. Hæc tamen omnia confunduntur et unum capitur pro alio [...] ». En effet, le fragment allégué d'Ulpien ne permet guère d'étayer un principe aussi clair : « Hoc edictum prætor proposuit ut metu pænæ compesceret eos qui in ius uocatos ui eripiunt. ». L'explication en est sans doute le statut très particulier des crimes connus du droit romain – on se souvient à cet égard de la réticence de la littérature la plus ancienne à les prendre en compte et de l'approche scolaire des traités qui s'en font l'écho par la suite – combiné aux besoins répressifs de la politique pénale médiévale.

⁹ « Pena autem est delicti uel pro delicto satisfactio que propter delicta imponitur a lege uel ministro legis », *Libellus super maleficiis...*, éd. citée, p. 209.

¹⁰ « Utrum pena possit augeri uel minui », éd. citée, p. 347.

extraordinaires (A), articulée à la reconnaissance de l'arbitraire du juge pénal (B).

A – Ordinaire et extraordinaire

Dès *De criminalibus causis* les peines sont définies d'après le degré de liberté laissée au juge pour décider de leur sévérité, celles qui sont instituées par la loi étant considérées comme « ordinaires », les autres, qui sont laissées à l'arbitraire du juge, étant au contraire appelées « extraordinaires »¹. Dans l'opuscule en question, cette classification s'articule, de façon assez lâche cependant, à la distinction fondamentale entre peines pécuniaires et peines personnelles². L'auteur poursuit son exposé en énumérant quatre types de peine, l'infamie, l'exil, la peine capitale et la confiscation des biens³, avant de proposer une liste de crimes organisée en fonction de la peine prévue⁴. Mais le premier traité pénal à offrir une présentation élaborée et fondée sur des fragments romains de cette théorie, c'est le *Tractatus criminum*, dont l'auteur s'inspire pour les développements qui nous intéressent de la *Summa Vindobonensis* et de la *Summa Codicis* de Rogerius⁵. Ce texte reporte sur les crimes eux-mêmes la qualification retenue auparavant pour les peines :

Sont ordinaires [les crimes] dont la peine est certaine, la dignité ayant ou non été prise en considération [...]. En ce qui concerne ces crimes, le juge ne peut ni augmenter ni diminuer la peine. Car, comme le dit Papinien, la question de fait relève certes de l'arbitraire du juge, mais la poursuite de la peine n'est pas confiée à sa volonté, mais est réservée à l'autorité de la loi. [...] Sont extraordinaires [les crimes] dont la peine est soumise à l'arbitraire du juge, la dignité et la condition ayant été prises en considération, pour lesquels on ne précise pas ce qui doit être fait, mais on indique cependant ce qui est fait d'habitude. Car, comme le dit Ulprien, aujourd'hui ceux qui connaissent d'un crime par la voie extraordinaire peuvent prononcer la sentence qu'ils veulent, soit plus lourde, soit plus légère, aussi longtemps du moins qu'ils ne dépassent pas la raison ni dans un sens ni dans l'autre.⁶

¹ V. sur la distinction entre ordinaire et extraordinaire, J.-M. Carbasse, « Ordinaire, extraordinaire. Quelques remarques sur les avatars d'une distinction romaine dans l'ancienne procédure française », *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action, Limoges, s. d. (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 13)*, p. 123-137.

² « *Omnia enim crimina aut pecuniariam pœnam irrogant aut personalem expectant, ordinariam uel ex[tra]ordinariam, id est sub certo fine a legibus constitutam uel iudicis arbitrio positam* », éd. citée, p. 13 ; adde p. 14 : « *Ordinaria quæ personalem ingerit condemnationem.* »

³ « *Alia rerum condemnat infamia, alia deportationis uel relegationis exilio, alia capitis supplicio, alia partis uel omnium bonorum dispendio* », éd. citée, p. 14.

⁴ Ed. citée, p. 14 s.

⁵ *Summa Vindobonensis*, éd. J. B. Palmerio, *Scripta Anecdota Glossatorum, Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici aliorumve, Bologne, 1914 (Bibliotheca Iuridica Medii Ævi, I, Additiones)*, p. 205 ; Rogerius, *Summa Codicis*, éd. J. B. Palmerio, *Scripta Anecdota Glossatorum, Bologne, 1913 (Bibliotheca Iuridica Medii Ævi, I)*, p. 224. Ces passages ont été identifiées et signalées par G. Minnucci dans son édition du *Tractatus criminum*.

⁶ « *Ordinaria sunt quorum pena certa est, dignitatis ratione habita uel dimissa [...]. In quibus criminibus iudex penam neque augere neque minuere potest. Nam, ut ait Papinianus, facti quidem questio in arbitrio est iudicantis, pene uero persecutio non eius uoluntati mandatur set legis auctoritati seruatur. [...] Extraordinaria sunt quorum pena iudicis arbitrio moderatur, dignitatis et conditionis ratione habita, in quibus quid fieri debeat non dicitur set quid fieri*

Le passage correspondant d'Ulpien se trouve en D. 48. 19. 13¹. Quant à Papinien, il est cité d'après Marcien², le texte original n'évoquant pas la question de la peine de façon explicite, mais posant seulement que l'« autorité du droit » échappe au pouvoir des juges³. L'auteur passe ensuite en revue les différents statuts personnels de l'accusé que le juge doit prendre en compte pour évaluer la peine⁴ ; il ajoute enfin à son tour une énumération des crimes concernés⁵, renvoyant à la fin de son ouvrage le traitement des peines prévues⁶.

A cette construction, Albertus Gandinus n'a plus qu'à ajouter quelques précisions. Ainsi il multiplie les allégations⁷, renvoyant à un fragment d'Ulpien, qui réaffirme la liberté du juge lorsque nulle peine particulière n'est imposée⁸, ou encore à la décrétale *De causis* du Pape Alexandre III, qui prescrit au juge de suivre, le cas échéant, la peine prévue dans les canons et de punir, dans le cas contraire, en fonction de la qualité du délit et de l'affaire⁹. Si ces deux références n'apportent pas de changements sur le fond, la seconde vient du moins rappeler que l'*utrumque ius* correspond bien à une réalité constitutive du *ius commune* médiéval, le droit canonique sachant faire siens les enseignements romains. Parallèlement à cette scientificité accrue de l'exposé, Albertus introduit également une nuance importante dans la théorie du siècle précédant. « En matière de crimes ordinaires, lit-on dans son *Libellus super maleficiis*, le juge n'est pas autorisé à diminuer la peine [...], sauf éventuellement si le juge le fait en augmentant ou en diminuant en connaissance de cause »¹⁰. Aucune allégation ne vient renforcer cette position, mais l'auteur continue son exposé en évoquant les circonstances aggravantes et atténuantes. Il s'agirait donc de rien moins que d'atténuer le principe de légalité des peines en réintroduisant l'arbitraire du

soleat interdum ostenditur. Nam, ut ait Ulpianus, hodie licet eis qui extra ordinem cognoscunt de crimine quam uolunt sententiam ferre uel grauiorem uel leuiorem dum tamen utroque modo rationem non excedant », éd. citée, p. 12 s. et p. 13 s. V. aussi éd. citée, p. 34 s., où est repris le premier membre.

¹ « *Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit quam uult sententiam ferre uel grauiorem uel leuiorem, ita tamen ut in utroque moderationem non excedat.* »

² D. 48. 16. 1. 4 : « *Nam, ut Papinianus respondit, facti quidem quæstio in arbitrio est iudicantis, pænæ uero persecutio non eius uoluntati mandatur sed legis auctoritati reseruatur.* »

³ « D. 50. 1. 15 pr. : « *cum facti quidem quæstio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit.* »

⁴ Ed. citée, p. 14 s.

⁵ Ed. citée, p. 15 s.

⁶ Ed. citée, p. 51-60.

⁷ V. *Libellus super maleficiis*, éd. citée, p. 347 s. : D. 28. 8. 1, D. 47. 1. 3, D. 47. 2. 93, D. 47. 18. 1, D. 48. 16. 1. 4, D. 48. 19. 13, D. 48. 19. 41, D. 50. 1. 15, C. 9. 12. 8. 3, X. 1. 29. 4.

⁸ D. 47. 18. 1. 1 : « *quibus nulla specialis pænâ rescriptis principalibus inposita est, idcirco causa cognita liberum erit arbitrium statuendi ei qui cognoscit.* »

⁹ X. 1. 29. 4 : « *si tale fuerit negotium quod certa exinde pænâ in canonibus exprimatur, eandem infligas ; alioquin ipsos pro delicti qualitate et causæ secundum tuum arbitrium punire procures.* »

¹⁰ « *In ordinariis autem criminibus non licet iudici minuere penam [...], nisi forte iudex hoc faceret augendo uel minuendo causa cognita* », éd. citée, p. 347 s.

juge là où on lui avait précédemment déniée toute légitimité. Mais l'arbitraire exerce encore à un niveau beaucoup plus fondamental.

B – Légalité et arbitraire

Parmi nos auteurs¹, Tancrede, avant Albertus Gandinus, aborde déjà la question de la détermination des peines sous l'angle plus général de la légalité et de l'arbitraire, la distinction ne portant plus sur la nature des crimes, mais sur l'identité du juge. Pour le canoniste, la question du choix de la peine doit se régler sur la base de la décrétale *De causis*². Or, concernant plus particulièrement des délinquants détenteurs d'ordres mineurs, le *corpus iuris canonici* connaît deux peines différentes, la dégradation d'un côté et la simple perte de l'office et du bénéfice de l'autre. Afin de résoudre cette contradiction, Tancrede propose de considérer que la décrétale *De confessis*, qui sert d'argument pour la première peine, concerne une hypothèse « particulière au Pape et dont il ne faut pas tirer de conséquences, car lui seul peut aller en-deçà du droit, contre le droit et au-delà du droit »³. En principe, l'arbitraire des officiaux doit donc être rejeté en la matière.

Au XIV^e siècle, les auteurs défendent une position semblablement légaliste. Dans son *Tractatus aureus de accusationibus et inquisitionibus*, Bonincontrus réduit ainsi le domaine de l'arbitraire au seul cas où les lois se taisent au sujet de la peine à appliquer, le degré de gravité du crime n'y changeant rien, un crime léger n'autorisant une peine arbitraire que lorsque les lois se taisent à ce sujet et cela indépendamment de la voie judiciaire (accusatoire ou inquisitoire) choisie⁴. Bonifacius de Vitalinis de son côté, dans le proème à son *Tractatus de maleficiis*, commence par asseoir l'utilité du droit pénal sur le fait que celui-ci permet à la fois d'interdire la vengeance personnelle et de modérer l'arbitraire du juge⁵. Ce faisant et perdant de vue la spécificité de son objet, cet auteur finit par inscrire la question de la légalité pénale au sein du principe selon lequel le juge doit se prononcer selon ce qu'il

¹ V. pour l'histoire de la notion d'arbitraire, développée avant les canonistes par les civilistes méridionaux au premier rang desquels Placentin, A. Gouron, « L'apport des juristes français... », art. cité, p. 350 s.

² « *Ubi pena inuenitur statuta, illa tantum imponi debet, ut extra i., de of. iudic. del., de causis* », *De criminibus summula et questiones*, 6. question, éd. citée, p. 35.

³ « *Illud speciale est in domino papa unde non est trahendum ad consequentiam, cum ipse solus possit citra ius, contra ius et supra ius, secundum quod dicit decretalis extra. iii., de preben., cum iam dudum [X. 3. 5. 18]* », *ibid.*

⁴ *A propos de l'accusatoire* : « *si certa pœna est statuta [...] illa imponatur, C. qui accus. non pos., l. non ignorat et l. qui de crimine et l. pen. [C. 9. 1. 9, 12 et 20] Non autem imponetur tunc durior uel leuior. Si non est certa statuta, si crimen fuerit graue, degradetur ab ordine, ut e. ti., qualiter, uer. uerum ita et ibi diminutionem capitis [X. 5. 1. 17]. [...] Si uero crimen non sit graue imponetur arbitraria, de offic. delega., de causis [X. 1. 29. 4], de transact., capitulo final. [X. 1. 36. 11]* », éd. citée, f° 5 v, § 3-4 ; à propos de l'inquisitoire : « *hæc uera intelligas nisi certa alia pœna foret a iure statuta, quia illa esset infligenda, ut 2.q.3 § notandum [C.2 q.3 c.8 Gr.p.], de offic. deleg., de causis [X. 1. 29. 4]. [...] Si uero leue sit crimen [...] si certa pœna est pro illo a iure statuta, illa imponeretur, alias imponetur arbitraria* », éd. citée, f° 7 r, § 26-27. *A noter que dans son dictum à la suite de C.2 q.3 c.8, Gratien reprend le fragment de Marcien de D. 48. 16. 1. 4. V. aussi f° 8 ra, § 49.*

⁵ *Ed. citée, p. 296, § 1 s.*

a appris en tant que juge, principalement les *allegata*, et non selon sa conscience¹. Dès lors, le principe de légalité peut apparaître comme une garantie de justice, à égale distance de la sévérité et de la clémence². Ce qui n'empêche pas Bonifacius d'insister dans le même mouvement sur la nécessité pour le juge d'être doux et bienveillant, dans les affaires moins importantes surtout, mais également à l'égard de délits plus graves et atroces³.

Dans ce passage, il se contente en fait de recueillir une vieille tradition canonique, car c'est dès la seconde moitié du XII^e siècle que cette préoccupation *humaniste* s'impose à l'esprit des juristes médiévaux. Au-delà du domaine qui nous intéresse, elle apparaît même comme le principe directeur de l'ensemble du procès romano-canonique⁴. Aussi n'est-il guère surprenant que les juristes du *ius commune* y aient recours pour contrebalancer les rigueurs de la légalité : « Mais à vrai dire, [le juge] doit accompagner la sévérité des lois de quelque tempérament de bienveillance, surtout lorsqu'il s'agit d'un mineur », lit-on dans le *Tractatus criminum*⁵ et Albertus Gandinus de préciser à son tour que « le juge doit prononcer la sentence et imposer la peine de façon pondérée [...] et avec quelque tempérament de bienveillance »⁶. On rejoint ainsi également la question de l'interprétation de la loi et de la manière « favorable » d'y procéder⁷.

¹ « *Nec presumant iudicare secundum eorum conscientias, ut faciunt multi iuris et iustitiæ ignari, sed solum secundum leges et iura et probationes sibi factas, licet aliud uiderint oculata fide uel habeant in conscientia sua quam sit probatum, nisi eis esset notum ut iudici, quod esse debet. Nam omnis cuiuscunque dignitatis sit leges seruare debet et secundum ipsas iudicare [...] uel secundum statuta loci [...]. Et ita nec in absoluendo nec in condemnando sequuntur ipsorum conscientias priuatas sed solum secundum allegata et probata legitime procedant et iudicent* », éd. citée, p. 296, § 3. *A propos de la règle iudex secundum allegata et probata non secundum conscientiam iudicare debet*, v. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, op. cit., p. 194-196. V. encore Id., « *Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales* », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, 1999, p. 67-94 ; A. Padoa-Schioppa, « *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen* », *La conscience du juge...*, op. cit., p. 95-130.

² Bonifacius de Vitalinis, *Tractatus de maleficiis*, éd. citée, p. 296, § 2 : « *Sed ante omnia oportet iudicantem respicere, ne quid procedendo aut iudicando durius aut remissius faciat qua causa deponat. Neque enim aut seueritatis aut clementiæ gratia causa affectanda est, sed perpenso et iusto iudicio, prout queque res et causa exposcit, statuendum est.* »

³ « *In leuioribus causis et negotiis promptiores ad lenitatem et benignitatem iudices esse debent. In grauioribus quidem et atrocioribus delictis seueritatem legum cum aliquo benignitatis temperamento subsequi* », éd. citée, p. 296, § 2. V. aussi p. 298, § 10 : « *tamen melius reputatur errare in misericordia quam in seueritate* ».

⁴ V. Y. Mause, « *Personæ miserabiles et causæ fauorabiles : victimes-nées ? La réponse de la procédure médiévale* », *La victime. I – Définitions et statut*, Limoges, 2008 (*Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique*, n° 19), p. 79-96 ; Id., « *In dubio pro reo. La bienveillance judiciaire et la réparation du dommage processuel* », *La victime. II – La réparation du dommage*, Limoges, 2009 (*Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique*, n° 22), p. 255-276.

⁵ « *Uerum tamen legum seueritatem debet cum aliquo temperamento benignitatis subsequi, maxime cum minor etas interuenit* », éd. citée, p. 13, d'après la *Summa Vindobonensis*, éd. citée, p. 205.

⁶ « *iudex ponderate debet sententiam proferre et penam imponere [...] et cum aliquo benignitatis temperamento* », *Libellus super maleficiis*, éd. citée, p. 213 s.

⁷ V. Albertus Gandinus, *Libellus...*, éd. citée, p. 267-269.

Légalité et arbitraire ne s'opposent donc pas tant qu'ils se complètent au cours de l'histoire du droit pénal médiéval. La conscience de la faillibilité humaine, souvent mise en avant pour encadrer précisément la liberté du juge, rejaillit ici sur le législateur. Pratique législative au sens large et pratique judiciaire ne peuvent, à l'époque du *ius commune*, se concevoir séparées l'une de l'autre, le droit substantiel étant le produit de la collaboration entre ces deux sphères du monde juridique. Les choses ne changeront véritablement qu'avec l'émergence des législations « positivistes » de l'époque moderne¹.

¹ V. outre la contribution de S. Solimano ci-après, Y. Cartuyvels, D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle, , Bruxelles, 1996 ; A. Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, t. II, Milan, 2005, p. 292-392, 487-494, 509-514, 590-597.

LES PRÉCÉDENTS EUROPÉENS AU XVIII^E SIÈCLE DU CODE PÉNAL DE 1810

Stefano SOLIMANO,
professeur à l'Université du Sacré-Cœur de Milan

Nous désirons, avant tout, remercier ceux qui nous ont fait l'honneur de nous inviter à cette table pour célébrer devant cette éminente assemblée le code pénal napoléonien, texte appliqué en Italie durant la domination française, puis pris comme modèle pendant une très longue période de l'histoire juridique de ce pays.

Venons-en à notre intervention. On nous a demandé de réfléchir sur les précédents européens du code pénal de 1810 à la fin du XVIII^e siècle. Il s'agit d'une tâche à la fois facile et difficile. En effet, depuis une trentaine d'années, la fin des années soixante-dix, l'historiographie juridique européenne s'occupe un peu partout de la question pénale en Europe durant le siècle des réformes. Des chercheurs français, belges, italiens et bien évidemment allemands et autrichiens se sont confrontés à plusieurs reprises sur ce qu'on a défini comme le premier code pénal moderne, c'est-à-dire le code pénal autrichien de Joseph II de 1787¹, ou encore sur le texte antérieur du

¹ A. CAVANNA, La codificazione penale in Italia, Le origini lombarde, *Milano 1975*, p. 21 et passim; G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, I, *Bologna, 1976*, p. 515; P. P. BERNARD, The limits of Enlightenment. Joseph II and the law, *Urbana 1979*, p. 25 et s.; F. CORDERO, Criminalia. Nascita dei sistemi penali, *Roma Bari 1985*; F. VENTURI, Settecento riformatore, V, L'Italia dei Lumi (1764-1790), I, *Torino 1990*, p. 757 et s.; W. OGRIS, Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts, dans *La Leopoldina*, 10, Illuminismo e dottrine penali, *Milano 1990*, 459- 482 ; Y. CARTUYVELS, D'où vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle, *Paris-Bruxelles 1996*, pp. 264 et s.; S. TSCHIGG, La formazione del codice penale austriaco del 1803, dans *Codice penale universale austriaco (1803)*, Casi fonti e Studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, *Serie II, Le Fonti*, 18, *Padova 2001*, pp. LI-LIII; M. SBRICCOLI, Giustizia criminale, dans *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, *Roma-Bari 2002*, p. 187 et s. ; A. CAVANNA, Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico, 2, *Milano 2005*, p. 295 et s. ; F. COLAO, Brevi considerazioni sulla riforma criminale toscana del 1786, il codice generale sopra i delitti e le pene del 1787, il progetto lombardo di codificazione penale, dans *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene (1787)*, a cura di S. Vinciguerra, *Padova 2005*, p. LIII et s.; L. GARLATI GIUGNI, 'La magnifica ossessione'. Il sistema delle pene nel codice giuseppino: le contraddizioni di un sistema 'illuminato', dans *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene (1787)*, op. cit., pp. CXLI-CLXX ; M. A. CATTANEO, Il codice giuseppino: più assoluto che illuminato, ibidem, pp. XLIII-LII. V. aussi H. HOEGEL, Geschichte des österreichischen Strafrechts, *Wien 1904*, pp. 78-85; H. CONRAD, Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II (1780-1788), dans *Festschrift H. von Weber*, *Bonn, 1963*, p. 66 et s. ; E. SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, ed. *Göttingen, 1965*, pp. 220 et p. 256 et s. ; R. MOOS, Des Verbrechensbegriff in Österreich im 18 und 19. Jahrhundert, *Bonn 1968*, p. 163 et s.

Grand Duc de Toscane Pierre-Léopold¹ et sur le code prussien de 1794². Les résultats presque définitifs de ces recherches nous ont poussé à nous interroger sur ce que nous pourrions encore soumettre à l'attention de ceux qui nous écoutent.

Voici le double choix que nous avons fait.

Nous essaierons tout d'abord d'illustrer comment ont été perçus et commentés par les juristes français de l'époque les deux premiers codes habsbourgeois que nous venons de citer. Nous insisterons tout particulièrement sur le passage du système du *Ius commune* au code. En second lieu, nous voudrions porter notre attention sur un plan plus concret, celui de l'application des textes pénaux, en réfléchissant sur un problème fondamental qui accompagne ce passage du *Ius commune* au code, c'est-à-dire sur le rapport crucial juge-loi. A ce propos, nous nous occuperons de l'application du code autrichien de 1787 que nous analyserons en parallèle avec le code pénal français de 1791. Dès maintenant, précisons que ce qui nous intéresse, c'est de mettre en lumière les réactions des juges français en

¹ M. DA PASSANO, *Dalla mitigazione delle pene alla protezione che esige l'ordine pubblico, Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807), La Leopoldina, criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, 3, Milano 1988; G. P. MASSETTO, *Osservazioni sulla Leopoldina in Lombardia*, dans *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, a cura di L. Berlinguer, F. Colao, Milano 1989, pp. 355-437; P. BALESTRIERI, *La fortuna della Leopoldina in Sassonia: illuminismo e codificazione nell'opera di Christian Danier Erhard*, dans *La Leopoldina nel diritto*, op. cit., pp. 499-533; H. RÜPING, *Das Leopoldinische Strafgesetzbuch und die strafrechtliche Aufklärung in Deutschland*, dans *La Leopoldina nel diritto*, op. cit., pp. 535-560; D. ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, Milano 1995; CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal?*, op. cit., pp. 199-246; M. SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, a cura di M. Porret, Genève 1997, repr. dans M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano 2009, pp. 396-397; H. SCHLOSSER, *Das Strafsystem der "Riforma della legislazione criminale toscana" von 1786*, dans *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, Napoli 1997, III, pp. 337 et s.; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 491-498; F. COLAO, *Iustitia est anima civitatis. Note sugli studi sulla giustizia criminale toscana in età moderna*, dans *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano 2003, I, pp. 545 et s.; EAD., *Brevi considerazioni sulla riforma criminale toscana del 1786, il codice generale sopra i delitti e le pene del 1787, il progetto lombardo di codificazione penale*, dans *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene (1787)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova 2005, p. LIII et s.; H. SCHLOSSER, *Die "Leopoldina"*, Berlin 2010; J. HAUTEBERT, *Nouveau code criminel pour le Grand Duché de Toscane, Présentation*, en cours de publication, (2011 : nous remercions vivement l'auteur pour nous avoir permis de lire avant parution cette importante étude). V. aussi S. SALMONOWICZ, *La Leopoldina : il codice penale toscano dell'anno 1786*, *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1969, pp. 173-195.

² S. SALMONOWICZ, *Das Strafgesetz der Preussischen Landrechts vom Jahre 1794. Versuch einer allgemeinen Bewertung*, in *Archivum Juridicum Cracoviense*, XIII, pp. 78-98; P. BALESTRIERI, *Sulla codificazione penale alla fine del Settecento : l'Allgemeines Landrecht*, *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, X (1984), pp. 9-44; *Aufklärung und Gesetzgebung. 200 Jahre Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Eine Dokumentation von Walther Gose und Peter Krause*, Trier 1988; A. SCHWENNICKER, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, *Frankfurt am main* 1993; *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, *Frankfurt am main* 1995; CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ?*, op. cit., pp. 329-364.

regard de celles des juges habsbourgeois, les uns et les autres étant assujettis aux nouvelles règles qui, sous une forme et avec une intensité différentes, ont affecté l'*arbitrium iudicis*, clef de voûte du système pénal de l'ancien régime européen¹. Bref, il s'agit d'évaluer quel a été l'« effet code ». Et les résultats ne laisseront pas de nous surprendre.

I. Les codes pénaux de la fin du XVIII^e siècle dans la perception des juristes français

Commençons par la question de la connaissance en France des codes pénaux de la fin du XVIII^e siècle. On le sait, la législation et la doctrine européenne ont très vite été traduites en français et commentées. Une telle production doctrinale et législative n'est pas passée inaperçue aux yeux des experts, de ceux dont la tâche est d'élaborer les codes. Ainsi, au mois de décembre 1787, Lamoignon a-t-il été chargé par Louis XVI de procéder à une révision des lois criminelles. Une commission est nommée au mois de janvier 1788. En fait partie, entre autres, le futur codificateur napoléonien Guy-Jean Baptiste Target (ainsi que ses confrères Homme, Henry, Comeyras) mais les travaux se bloqueront dès le mois de mai, lorsque les membres de la commission donneront leur démission pour protester contre l'énième coup de main aux dépens de la magistrature. Quoi qu'il en soit, pour nous, la donnée intéressante est la suivante : lorsque la commission entreprend sa tâche, elle a dans l'esprit d'amender la législation criminelle en s'inspirant des écrits des criminalistes les plus illustres mais aussi en gardant sous les yeux les textes normatifs étrangers. C'est précisément l'un des membres de la commission qui nous le dit, Pierre-Jean Bonhomme de Comeyras, qui publie l'année suivante un pamphlet intitulé *Essai sur les réformes à faire dans notre procédure*². Une occasion supplémentaire pour réfléchir sur ces codes, principalement sur les codes toscan et autrichien, à travers le prisme des publications françaises contemporaines.

Ayant choisi un critère chronologique, il nous faut partir de la réforme criminelle du Grand Duc Pierre-Léopold qui entra en vigueur en 1786. Les commentaires de ce code toscan, la *Leopoldina*, publiés en France ne manquent pas, comme a pu le noter Paolo Comanducci il y a vingt ans³. Nous avons décidé d'en examiner un seul, un texte court qui sort de la plume d'un rédacteur anonyme du *Journal de Paris* au mois de mars 1787⁴. A première vue, il ne semble pas apporter une contribution significative car, pour des raisons éditoriales, il est d'une extrême concision. Son auteur, plutôt que de

¹ J. M. CARBASSE, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, Paris 2006, p. 226 et s. ; M. MECCARELLI, Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune, Milano 1998.

² V. S. SOLIMANO, Verso il code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy-Jean Baptiste Target (1798-1799), Milano 1998, pp. 182-184.

³ P. COMANDUCCI, Gli echi delle riforme penali leopoldini in Francia, in La « Leopoldina » nel diritto e nella giustizia in Toscana, La Leopoldina 5, Milano 1989, pp. 463-497 ; B. SCHNAPPER, La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime, in Illuminismo e dottrine penali, Milano 1990.

⁴ Extraits. Sciences, in Journal de Paris, 26 mars 1787, numéro 85, pp. 373-375.

procéder à un commentaire à vol d'oiseau des 119 normes, préfère le plus souvent reporter la simple traduction des dispositions les plus représentatives. Par exemple, il reproduit celles qui abolissent la torture, la peine de mort, la confiscation générale ou qui introduisent ces garanties intangibles pour le prévenu, comme les normes établissant l'assistance obligatoire d'un avocat ou imposant la confrontation entre les témoins à charge et l'accusé¹. Le fait que le code pénal toscan soit salué comme « un bienfait non seulement en Toscane, mais pour les peuples qui voudront par la suite entreprendre cette importante réforme » n'est pas d'un grand intérêt². Où réside alors son originalité ?

Pourquoi alors nous attarder sur le texte de ce rédacteur inconnu ? Parce que, malgré l'incontestable concision de son essai, nous croyons que cet auteur a saisi mieux que personne l'esprit de la codification toscane. En premier lieu, il semble s'être rendu compte que la *Leopoldina* est le fruit d'une médiation qui sort entièrement des mains du Grand Duc Pierre-Léopold. En effet, le jeune Habsbourg, baigné de la culture juridico-philosophique des Lumières, agit en souverain éclairé certes, animé d'une évidente ardeur réformiste, mais en même temps il montre qu'il ne veut pas imposer d'en haut et à tout prix ses *desiderata*³. Le Grand Duc a compris que le succès d'un code ne peut pas dépendre seulement de l'apport des juristes. Il dépend aussi de leur plein consensus. S'il est vrai que Pierre-Léopold planifie le contenu de son code sur papier, les *Osservazioni generali sulle leggi criminali, la loro natura in genere* qui deviendront les fameuses *Massime* et *Vedute* (*Maximes* et *Vues*) qu'il envoie à ses conseillers-juristes, il n'en est pas moins vrai que devant les observations de ces derniers, souvent étonnamment péremptoires, le Grand Duc est disposé à faire marche arrière⁴. Il n'impose pas son code comme en revanche essayera de le faire son frère Joseph lorsqu'il s'agira d'appliquer à la Lombardie autrichienne le code de 1787⁵. Pour mieux nous expliquer : *hoc volo, sic iubeo* ne pourrait en aucune façon être la devise de Léopold. Cela ne veut pas dire qu'il n'ait pas conçu son code dans un dessein de centralisation étatique⁶. Il reste néanmoins persuadé que le code ne peut fonctionner que s'il

¹ Ibidem, p. 374.

² Ibid., pp. 373-374.

³ V. A. WANDRUSZKA, Leopold II. Erzherzog von österreich Grossherzog von Toskana König von Ungarn und Böhmen Römischer Kaiser, *Wien 1963-65, I et II*, passim ; édition italienne réduite, Pietro Leopoldo. Un grande riformatore, *Firenze 1968*.

⁴ V. infra note 15.

⁵ CAVANNA, La codificazione penale, op. cit., p. 37 et s., p. 41. Sur l'attitude de Léopold en Lombardie, ibidem, p. 69 et s. Sur Joseph II, F. FEITÖ, Giuseppe II, Un Asburgo rivoluzionario, éd. it., *Gorizia 2001*.

⁶ C'est dans ce sens qu'il faut lire le paragraphe CXIX : « Nous espérons avec confiance que personne n'abusera de l'indulgence avec laquelle nous avons cru devoir tempérer la sévérité de certaines lois et de certains usages, tant dans la manière de procéder contre les coupables, que dans celle de les punir, assurés d'autre part que si venant à en abuser, il se rendoient coupables d'aucun crime, la peine décernée par la loi et décernée par les juges sera irrémissiblement exécutée. Révoquons en conséquence toute faculté qu'avoit précédemment notre consulte pour l'Etat florentin, et le Lieutenant-Général de Sienne, pour l'Etat Siennois, d'accorder la diminution, la permutation, la compensation ou la condamnation des peines tant pécuniaires qu'afflictives: ordonnons, quant aux peines pécuniaires; qu'on ne puisse plus jamais proposer aucune diminution ou compensation (composition). Et pour les peines afflictives, confirmant à la

repose sur le consensus de ses coassociés, nous tenons à insister sur cet aspect¹. Certes, le risque qu'il ne veuille pas courir, c'est que les magistrats et les juristes puissent non seulement faire échouer la réforme mais aussi la bloquer dans son application. Soulignons que l'esprit de conciliation de Léopold est impressionnant. Dans le canevas rédigé par le Grand Duc en personne, lorsqu'on aborde le problème du rapport juge-loi, il agit en émule de Montesquieu et de Beccaria. Il écrit « aucun juge ne peut modifier la loi, par conséquent il ne peut décréter aucune autre peine qui ne soit prescrite par la loi, il ne peut l'interpréter, la modifier ni l'expliquer »². Or, dans la *Leopoldina* nous pouvons noter combien le pouvoir discrétionnaire concédé aux juges est important³. En cas de lacune, le magistrat est appelé à utiliser les

dite consulte, et au lieutenant-général du gouvernement de Sienne, la faculté de rejeter toute supplique; entendons qu'ils nous rendent compte des suppliques par lesquelles on demanderoit la diminution et permutation des peines, qui leur paroistroient mériter notre attention [...] » : Nouveau code criminel pour le Grand Duché de Toscane publié par ordre de son Altesse Royale Monseigneur le Grand Duc, traduit de l'italien, Lausanne chez François Grasset, 1787 (mots soulignés par nous). Sur les traductions de la *Leopoldina* en France v. HAUTEBERT, Présentation, op. cit., en cours de publication.

¹ WANDRUSZKA, Pietro Leopoldo, op. cit., pp. 183-184 ; COMANDUCCI, Gli echi delle riforme penali leopoldine, op. cit., p. 475 a observé que « la politica leopoldina [...] raramente si espresse con provvedimenti radicali o di portata generale, ma sempre preferì saggiare su scala ridotta l'impatto delle riforme, salvo poi allargarle e approfondirle, ove si fossero rilevate positive » ; HAUTEBERT, Nouveau code criminel pour le Grand Duché de Toscane, Présentation, op. cit.

² P. LEOPOLDO, Osservazioni generali sulle leggi criminali, la loro natura in genere, le cose da aversi in vista nell'esaminarle, cose da aversi in vista nel punire i delitti, e modo di procedere: Archivio di Stato di Firenze, SGA, f. 61, ins.7, texte publié par Mario DA PASSANO, Dalla mitigazione, op. cit., p. 183. Dans les Vedute sopra le pene e punizione dei delitti Léopold atténue sa conception première parce qu'il maintient la norme citée (art. 9), en l'accompagnant d'une autre : « il faut restreindre, autant que possible, les peines arbitraires, et laisser le moins possible, dans les procès, l'arbitraire aux juges », Archivio di Stato di Firenze, SGA, f. 61, ins. 23, publié par Mario DA PASSANO, Dalla mitigazione, op. cit., p. 202. V. aussi G. ALESSI, Questione giustizia e nuovi modelli processuali tra '700 e '800. Il caso leopoldino, in La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana, op. cit., pp. 180-183; MASSETTO, Osservazioni, op. cit., p. 396 et s. ; Yves Cartuyvels a très pertinemment observé que Léopold « reconnaît la nécessité du maintien de peines arbitraires, tout en marquant ses réticences » : D'où vient le code pénal, op. cit., p. 238.

³ Nous avons remarqué que les observations de ses conseillers-juristes sont souvent étonnamment péremptoires. En se rapportant à l'article 9 des Vedute, le juge Cercignani écrit : « Lo crede pericoloso giacchè vi è dei casi dove il giudice bisogna che moderi la legge medesima e solamente proibirebbe loro di correggere la Legge quando questa abbia una sufficiente chiarezza ». Dans le même sens les magistrats Tosi et Caciotti : DA PASSANO, Dalla mitigazione, op. cit., p. 221 ; v. aussi ZULIANI, La riforma penale di Pietro Leopoldo, op. cit., pp. 639-650. Mario Sbriccoli a observé que « le précipité technique du réformisme beccarien est élaboré (par ces juristes) de façon à pouvoir tolérer une interprétation secundum ius commune » (SBRICCOLI, Beccaria, op. cit., p. 402). Et voilà comment Léopold fait marche arrière : « S.A.R. persuasa della necessità dell'arbitrio nella Giudicatura criminale, moderato a seconda della diversa qualità delle prove, e della notabile varietà delle circostanze, volendo altresì, che sia più conforme al disposto delle Leggi, e più ristretto al Giudice, che resti possibile nelle risoluzioni dei processi, comanda che per l'avvenire allora quando i giudici dovranno proporre una condanna arbitraria, individuino prima di assegnarla solo genericamente i motivi particolari del grado preciso della pena che essi credano proporzionata e conveniente con enunciare puntualmente l'esempio d'altra sentenza, sulla quale siano venuti a fondare il principal motivo della loro arbitraria determinazione » : Biglietto della Segreteria di Gabinetto per limitare l'arbitrio dei giudici nelle

normes existantes appliquées selon l'esprit de la nouvelle législation ; là où sont présents de forts indices mais où la pleine preuve fait défaut, il peut infliger une peine extraordinaire, et enfin pour nombre d'infractions, il peut fixer la peine de façon autonome¹. Nous retombons dans le système bien rodé des peines arbitraires. Comme on peut le voir, nous nous trouvons aux antipodes de la conception première du Grand Duc. Une solution qui sera bien vite stigmatisée par l'un des commentateurs les plus illustres de la *Leopoldina*, Condorcet. Ce code, écrit le marquis, laisse « aux juges une trop grande autorité dans la fixation de la peine », ajoutant « qu'il est toujours dangereux de donner à un juge aucune autorité que celle d'appliquer littéralement la loi »².

Nous disions il y a peu que l'obscur rédacteur du *Journal de Paris* a saisi plus que tout autre l'esprit du code toscan. Assurément. Il a donc compris qu'une telle législation est le fruit d'un compromis, et de plus il relève un autre grand mérite du législateur, celui de n'avoir jamais perdu de vue « l'accord de la justice et de l'humanité »³. À ses yeux, le souverain a réalisé un sage équilibre dans lequel le Juste ne se confond pas avec le principe de l'Utile, véritable canon qui guide la main des législateurs et des philosophes du droit européens *in criminalibus*, et qui inspire également le législateur léopoldien. Un utilitarisme bien tempéré, pourrait-on affirmer. Le libelliste parisien formule-t-il ainsi une critique implicite du code pénal autrichien de 1787, publié quelques mois auparavant à Vienne par Joseph II, le frère de

cause criminali, *Archivio di Stato di Firenze, SGA, f. 61, ins. 29, publié par DA PASSANO, Dalla mitigazione, op. cit., pp. 233-234; v. CARTUYVELS, D'où vient le code pénal?, op. cit., pp. 238-240.*

¹ V. art. CX : « Lorsque l'accusé ne confessera, ni ne pourra être convaincu, quand la preuve de sa transgression ne sera pas entière et parfaite, fut-il chargé par des indices suffisants, le juge pourra le condamner à quelque peine extraordinaire [...] » ; art. CXVI : « Ayant donc établi des maximes générales pour le châtement de chaque délit, leur adaptation et le soin de les modifier, ou de les mesurer aux différens degrés de transgression, est remis en grande partie à l'arbitrage du juge, comme l'exige la nature même du fait, la variété des circonstances qui peuvent l'avoir accompagné, ou l'imperfection de la preuve, n'étant pas permis de se prévaloir d'une pareille faculté, sans être appuyé de raisons solides et bien fondées; en conséquence obligeons tous nos juges qui pourroient se porter à condamner un coupable à une peine arbitraire déterminée, d'expliquer les motifs qui les y ont décidés, et afin qu'ils soient connus à tous ceux qui y ont quelque intérêt, de les exprimer succinctement dans leur sentence » ; art. CXVIII : « les causes pendantes dans tous les cas desquels il a précédemment été fait mention, se décideront en la forme qui y est prescrite: dans ceux qui y ont été omis les juges auront recours aux autres loix observées dans le Grand Duché, qui en ont particulièrement traité; toujours cependant conformément à l'esprit de la présente réforme, et compatiblement aux dispositions expresses des présentes » : Nouveau code criminel pour le Grand Duché de Toscane publié par ordre de son Altesse Royale Monseigneur le Grand Duc, traduit de l'italien, *Lausanne chez François Grasset, 1787, op. cit.*

² Nottes remises par Monsieur le Marquis de Condorcet au Comte Louis de Durfort sur le code Criminel publié à Florence le 30 novembre 1786, et traduit à Paris de l'italien par Monsieur Artaire homme des lettres, qui en fit passer dans le tems des exemplaires à Monsieur Favi comme hommage à S.A.R. juillet 1788, *manuscrit publié par M. DA PASSANO, La giustizia penale e la riforma Leopoldina in alcuni inediti di Condorcet, Materiali per una storia della cultura giuridica, V (1975), p. 440.*

³ Extraits. Sciences, *in Journal de Paris, op. cit., p. 373.*

Léopold ? Il n'est pas possible de le savoir avec certitude. En revanche, une critique explicite nous parvient d'un juriste bien connu pour son ardeur réformiste, Brissot de Warville¹. Celui-ci introduit auprès du public français le code pénal autrichien, en publiant une lettre adressée à l'empereur d'Autriche dont le titre est tout à fait significatif : *Sur l'atrocité des supplices qu'il a substitués comme adoucissement à la peine de mort*². Brissot ne conteste certes pas qu'on résolve la question pénale selon les canons de l'utilitarisme, mais c'est un utilitariste modéré. À ses yeux, comme le lui ont enseigné Helvétius³ et Beccaria, l'être humain agit, mû selon sa « sensibilité », entre la fuite de la douleur et la recherche du plaisir. Il écrit : « la plupart des criminels sont ou des misérables ou des fous, ou de mauvais calculateurs. Aux premiers il faut donner propriété et moyens de travail. Il faut guérir les fous et apprendre aux derniers à mieux calculer »⁴. C'est là le point névralgique car, exception faite pour les misérables et pour les fous, ce sont les mauvais calculateurs que le législateur doit viser. Il est clair qu'on y sent la griffe de Beccaria. En effet, pour Brissot, Joseph II a commis une faute gravissime en orientant la question pénale dans une perspective radicalement utilitariste, sans tenir en bride l'Utile à l'aide du Juste. Comptant sur l'intimidation, Joseph II a réalisé un code non seulement inhumain mais surtout inutile. Il faut savoir que si Joseph II, d'un côté, a aboli la peine de mort, de l'autre il a accueilli dans un décret ultérieur ce qu'Adriano Cavanna a pertinemment défini comme une peine de mort au ralenti⁵, la peine du halage des bateaux sur le Danube⁶ ; il a en outre introduit des peines corporelles comme la marque au fer rouge ou les coups de bâton et il a prévu un système de détention tout aussi draconien qui, dans les cas les plus graves, se soldait par l'enchaînement avec cercle de fer autour de la poitrine, fers aux pieds, isolement, nutrition au pain et à l'eau, une forme de détention qui, notez bien, ne permettait pas au condamné de s'étendre⁷. Il nous faut renoncer ici à la description extrêmement efficace que

¹ *Sur Brissot v. F. MAZZANTI PEPE*, Il nuovo mondo di Brissot. Libertà e istituzioni tra antico regime e rivoluzione, Torino 1996.

² Un défenseur du peuple à l'Empereur Joseph II, nouvelle édition, Troisième lettre. Sur l'atrocité des supplices qu'il a substitués comme adoucissement à la peine de mort, Dublin 1788, pp. 3-15. « Cette lettre, où l'on trouve quelques idées utiles et fortement exprimées est de M. Brissot de Warville [...] » : Correspondance littéraire philosophique et critique adressée à un souverain d'Allemagne, pendant une partie des années 1775-1776, et pendant les années 1782 à 1790 inclusivement, par le Baron de Grimm et par Diderot, IV, Paris, éd. 1813, p. 382.

³ *Sur Helvétius* L. GIANFORMAGGIO, Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvétius, Milano 1979; EAD., Scienza della legislazione e tecniche legislative in Claude-Adrien Helvétius, Materiali per una storia della cultura giuridica, (1984), I, p. 31 et s. ; A. POSTIGLIOLA, La città della ragione. Per una storia filosofica del Settecento francese, Roma 1992, p. 109 et s., 175 ss. ; X. MARTIN, Nature humaine et Révolution française. Du siècle des lumières au code Napoléon, Bouère 1994.

⁴ [BRISOT DE WARVILLE], Sur l'atrocité des supplices, op. cit., p. 14.

⁵ CAVANNA, Storia del diritto, op. cit., II, p. 308.

⁶ CAVANNA, La codificazione penale in Italia, op. cit., p. 130 n. 266, v. aussi pour la bibliographie.

⁷ CAVANNA, Storia del diritto, op. cit., II; CARTUYVELS, D'où vient, op. cit., p. 278.

Brissot fait de toutes ces souffrances¹. Nous avons déjà dit qu'il les considère non seulement comme inhumaines mais surtout inutiles. Et aussi pernicieuses pour l'intérêt public : « on fait des coupables des hommes, on n'en fait que des bêtes féroces, ou des brutes languissantes, en les martyrisant inutilement [...] »². Ou encore : « la barbarie ne corrige point les hommes ; elle les aigrit, les indigne ; elle indigne aussi les témoins de leur supplice ; elle familiarise les vengeurs de la société avec les atrocités ; elle n'éloigne pas même du crime ceux que la force des circonstances peut y conduire. Les supplices raffinés [...] exposent plus les sociétés qu'ils ne les défendent »³. Enfin selon lui les supplices « inspirent de la pitié pour le patient »⁴. La solution du problème pénal passe nécessairement par une autre voie. Il faut plutôt « chercher à prévenir qu'à punir et [...] il faut chercher dans la punition, non ce qui tourmente le coupable »⁵. Comme on peut le voir, Brissot s'inspire ici de Beccaria.

Or, paradoxalement Joseph II lui aussi puise dans Beccaria. Le remplacement de la peine de mort par la peine du halage des bateaux va exactement dans le sens de Beccaria lorsque, dans un paragraphe contre la peine de mort, il écrit que « ce n'est pas le spectacle terrible mais passager de la mort d'un scélérat, mais le long et pénible exemple d'un homme privé de liberté, qui transformé en bête de somme, rétribue par son labeur la société qu'il a offensée »⁶. Ce que nous voulons mettre en lumière, c'est que Joseph II n'hésite pas à s'inspirer des pages de Beccaria qui affichent un utilitarisme radical⁷. En voici un autre exemple. Le juriste milanais affirme que si l'accusé durant l'interrogatoire « au cours de l'examen s'obstinerait à ne pas répondre

¹ V. aussi la Correspondance littéraire philosophique et critique adressée à un souverain d'Allemagne: « Parmi les supplices que l'Empereur a substitués à la peine de mort, l'auteur attaque spécialement la marque, imprimée sur la joue à certains criminels, la peine de tirer les bateaux sur le Danube, et le supplice du poteau. Ce dernier paraît en effet nul plus cruel que la mort la plus violente et n'est-ce pas le terme extrême que des lois criminelles ne devraient jamais outrepasser, que peut être même elles ne devraient jamais se permettre d'atteindre entièrement? » (Correspondance littéraire philosophique et critique adressée à un souverain d'Allemagne pendant une partie des années 1775-1776, et pendant les années 1782 à 1790 inclusivement, par le Baron de Grimm et par Diderot, *Troisième et dernière partie, IV*, éd Paris 1813, p. 382).

² [BRISOT DE WARVILLE], Sur l'atrocité des supplices, op. cit., p. 10.

³ Ibidem, p. 8.

⁴ Ibid.

⁵ [BRISOT DE WARVILLE], Sur l'atrocité des supplices, op. cit., p. 14.

⁶ C. BECCARIA, Des délits et des peines, § XXVIII, édition traduite de l'italien par Philippe Audegean sur le texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon 2009, p. 233, traduction très remarquable qui suit l'ordre original de la partition des paragraphes.

⁷ Cfr. M. SBRICCOLI, Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale, in Beccaria et la culture juridique des Lumières, a cura di M. Porret, Genève 1997, maintenant publié dans M. SBRICCOLI, Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007), I, Milano, 2009, pp. 396-397; CAVANNA, Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, 2, cit., pp. 201-202, p. 210 e p. 220. A l'opposé G. FRANCONI, Beccaria filosofo utilitarista, dans Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa, Milano 1990, p. 69 et s. Suggestions intéressantes par PH. AUDEGEAN, Introduction, dans C. BECCARIA, Des délits et des peines, édition traduite de l'italien par Philippe Audegean sur le texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon 2009, pp. 98-100 (v. aussi pour la bibliographie).

aux questions qu'on lui pose, mérite une peine fixée par les lois et l'une des plus graves qui soient, afin que les hommes n'échappent point ainsi la nécessité de l'exemple qu'ils doivent au public »¹. Eh bien, dans le code de procédure de 1788 une telle suggestion se concrétise puisque le paragraphe 110 établit que l'accusé silencieux sera admonesté à propos de l'obligation qu'il a « de répondre à son juge légitime, comme de la punition qu'il se méritera par son attitude désobéissante ; si l'admonition ne suffit pas à le plier, il devra encourir la peine des coups de bâton et ce moyen se prolongera selon la manière précisée dans le paragraphe précédent concernant les faux fous tant que durera son silence obstiné »². Une réactivation sournoise de la torture³. Quoi qu'il en soit, il faut souligner que Beccaria au cours de son œuvre, se rendant compte que l'utilitarisme mené à l'extrême mortifierait les principes de la justice, corrige plus d'une fois le tir. En d'autres termes, le marquis se montre toujours capable de comprendre que ce qui est utile n'est pas toujours juste⁴. Beccaria n'est pas encore Bentham, tandis que Joseph II serait incapable d'en venir à une telle résipiscence. Son code est conçu pour réaliser une répression très efficace au nom de la défense de l'Etat. Du reste, ce code se place parfaitement dans le contexte de la réforme de l'Etat que Joseph II est en train de réaliser. Un despotisme plus absolu qu'éclairé, a relevé le regretté Mario Alessandro Cattaneo⁵. Certes, le code de 1787 accueille le principe de légalité – ce pourquoi il a toujours été salué comme le premier code pénal moderne – néanmoins l'historiographie germanique, puis italienne ont invité à considérer comment, dans le cadre d'un Etat absolutiste, ce même principe peut être parfaitement décliné selon une logique étatique⁶. Grâce aux

¹ BECCARIA, Des délits et des peines, op. cit., § XXXIX, p. 279. V. les observations de Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, ed. Roma-Bari 2008, p. 701, n. 285 ; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano 1972, pp. 14-19; et récemment le travail de L. GARLATI GIUGNI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana, dans Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno, Foggia, 5-6 maggio 2006, a cura di M. Nicola Miletti, Milano 2006, p. 293 et s.

² § 110, *Allgemeines Kriminalgerichtsordnung, Regolamento generale della procedura nelle cause criminali*, Wien, Rovereto, 1788.

³ A. CAVANNA, *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel Codice penale austriaco del 1803, dans Codice penale universale austriaco (1803), Casi fonti e Studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, Serie II, Le Fonti, 18, Padova 2001, pp. CCXIX-CCLXV; Id., Storia del diritto, op. cit., p. 313.*

⁴ « Certains ont soutenu que les confiscations ont été un frein aux vengeances et contre les insolences privées, mais ils ne réfléchissent pas que, même si les peines produisent un bien, elles ne sont pas pour autant toujours justes car pour l'être elles doivent être nécessaires, et une utile injustice ne peut être tolérée par le législateur s'il veut fermer toutes les portes à la vigilante tyrannie » : § XXV (Bannissement et confiscations), p. 219 ; mots mis en italique par nous. Cf. CAVANNA, *Storia del diritto*, op. cit., II, p. 220.

⁵ CATTANEO, *Il codice giuseppino: più assoluto che illuminato*, op. cit. *Et dans le même sens: COLAO, Brevi considerazioni*, op. cit., p. LV ; F. VENTURI, *Settecento riformatore, V, Torino 1990, p. 757-759 et s. ; GARLATI GIUGNI, La 'magnifica ossessione'. Il sistema delle pene*, op. cit., passim.

⁶ CONRAD, *Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II*, op. cit., p. 67 et s. ; SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., § 244 ; W. OGRIS, *Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts, dans Illuminismo e dottrine penali*, Milano 1990, pp. 474-475 ; CARTUYVELS, *D'où vient le code*

commentaires de Brissot et de l'anonyme rédacteur du *Journal de Paris*, il est clair que ces deux codes reflètent, pour le meilleur et pour le pire, des politiques du droit différentes. D'ailleurs, il en va de même pour le rapport juge-loi qui affiche des différences tout à fait significatives. Sans en arriver à la solution utopique du juge automate, Joseph II comprime sans aucun doute l'*arbitrium iudicis*. Le magistrat conserve une certaine marge de pouvoir discrétionnaire mais à l'intérieur d'un ingénieux mécanisme laissant « au législateur le droit d'établir pour chaque délit, le type, la sévérité, la durée et le degré de la peine. Ce n'est qu'à l'intérieur du degré fixé par le code, c'est-à-dire entre le minimum et le maximum des années de détention préétablies, que le juge a le pouvoir d'intervenir en décidant la mesure ultime de la peine », écrit Adriano Cavanna. Un pouvoir discrétionnaire piloté d'en haut, comme il l'affirme à juste titre¹. Ajoutons à cela que le juge est obligé de tenir compte des circonstances minutieusement prévues par le législateur et enfin qu'il est appelé à remplir à la fois la fonction d'instructeur, de juge et de défenseur : juge « factotum », « juge à trois têtes »².

Achevons cette courte analyse des codes de la fin du XVIII^e siècle par un examen encore plus rapide de la législation prussienne³. Mirabeau, effleurant la question pénale, l'avait examinée en 1788 lors du processus de formation du *corpus* normatif prussien que nous pourrions définir comme encore interlocutoire⁴. Précisons que cette législation, qui verrait le jour en 1794, serait traduite en français par le *Bureau de législation étrangère* et publiée en cinq volumes par le ministère de la Justice en 1801⁵.

En nous référant aux principaux aspects mis en lumière au cours de l'analyse du code toscan et du code autrichien, nous pouvons remarquer combien l'ALR apparaît comme un produit typique de l'absolutisme germanique, un absolutisme, toutefois, encore plus nettement paternaliste et envahissant que celui de Joseph II. On assiste à une rationalisation et à une mitigation partielle de la discipline de procédure pénale existante, répondant aux enseignements d'un Wolff ou d'un Thomasius, sous le signe de l'étatisation et de la sécularisation du droit pénal qui avaient été accomplies ; néanmoins son législateur ne renonce pas à l'intimidation. Frédéric va dans le

pénal?, op. cit., p. 271 ; TSCHIGG, La formazione del codice penale austriaco del 1803, op. cit., p. LIII; CAVANNA, Storia del diritto moderno in Europa, op. cit., 2, pp. 301 et s.

¹ CAVANNA, Storia del diritto, op. cit., 2, p. 299.

² Ibidem, pp. 312-313. Cf. E. DEZZA, Il divieto della difesa tecnica nell'Allgemeine Kriminalgerichtsordnung (1788), dans Codice generale austriaco, op. cit., p. CCXI ; ID., Der Feind der Wahrheit. Das Verteidigungsverbot und der Richter als "Faktotum" in der habsburgischen Strafrechtskodifikation (1768-1873), dans E. DEZZA, L. GARLATI, Beiträge zur Geschichte des habsburgischen Strafrechts in Italien, Berlin 2010, p. 33.

³ Bibliographie supra n. 3 ; *abondante bibliographie dans P. CARONI, Saggi sulla storia della codificazione, Milano 1998, pp. 55-56.*

⁴ M. DA PASSANO, Un autografo inedito di Honoré-Gabriel Riqueti comte de Mirabeau: l'analyse raisonnée du projet d'un nouveau code prussien", *Materiali per una storia della cultura giuridica, VI (1976), pp. 93-186.*

⁵ code général pour les Etats prussiens, traduit par les membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice, *Imprimerie de la République, Paris an IX.*

même sens que Joseph II : « Imaginez tout ce que vous voudrez, vous ne trouverez de frein pour les méchantes actions que dans les peines afflictives et dans la honte. Voilà ce qui retient quelques personnes, et les empêche de nuire aux devoirs de la société »¹. Et en cela, son successeur Frédéric Guillaume II le suit. Pour les délits les plus graves il prône le châtement exemplaire. Pour celui qui s'est entaché du délit de trahison (§ 102) ou d'homicide prémédité (§ 826), « après avoir été traîné sur la claie au lieu du supplice, doit être rompu, en commençant par les jambes, et son corps exposé sur la roue »². L'empoisonneur est conduit à l'échafaud « sur une claie jusqu'au lieu de l'exécution (§ 856 et §857), le parricide est « publiquement battu de verges, traîné sur une claie au lieu du supplice pour y être rompu, en commençant par les jambes » (§ 873). Exécution identique s'il s'agit d'uxoricide, ou lorsqu'un père ou une mère tue ses enfants (§ 874, pour l'infanticide le discours est beaucoup plus complexe). Au vrai, dans l'esprit du législateur, l'intimidation, tout paradoxal que cela peut sembler, serait conçue comme un remède inéluctable, mais secondaire néanmoins. Celui-ci est persuadé que la *sanior pars* de la société peut être éduquée et par conséquent détournée du crime. Le paragraphe 1 se présente comme le véritable axiome de la politique paternaliste-pédagogique prussienne : « Tout magistrat, et quiconque est préposé sur le peuple, doit s'appliquer à prévenir les crimes et délits de ses subordonnés »³. Et l'article qui suit est lui aussi tout à fait révélateur : « Les pères et mères et instituteurs, les pasteurs et maîtres d'école, sont spécialement responsables de l'inobservance de leurs devoirs, en ce qui concerne les personnes confiées à leur surveillance » (§ 2). Bref, une société, cette société prussienne, dont une partie considérable est désignée pour veiller sur ceux dont elle a la charge. Quant aux mendiants, aux vagabonds, qui vivent hors de tout contrôle social, qui pense à eux ? L'Etat pédagogue, naturellement, qui se préoccupe de les contraindre au travail.

En ce qui concerne la question du rapport juge-loi, nous nous trouvons devant une solution à mi-chemin entre les solutions retenues par le législateur toscan et par Joseph II. On attribue un pouvoir discrétionnaire important au magistrat prussien. Les sanctions de certains délits, à vrai dire en petit nombre, sont laissés « par la loi à l'arbitraire du juge » qui, quel que soit le cas, ne peut « dépasser six semaines ou une amende de 50 écus » ; en outre, à moins que la loi ne l'interdise expressément, il peut « moduler et aggraver le degré des peines fixées par la loi jusqu'à un maximum légal qu'il ne peut dépasser »⁴. Enfin, apanage de la législation prussienne, le magistrat peut infliger la peine selon la classe sociale à laquelle appartient le délinquant. La législation prussienne est pour le moins singulière : c'est un mélange d'absolutisme saupoudré de lumières, parfaitement pensé pour une société hiérarchisée. Alors que nous savons avec certitude que Tocqueville a

¹ Lettre au Prince Henry citée d'après CARTUYVELS, D'où vient le code pénal ?, op. cit., p. 344.

² code général pour les Etats prussiens, op. cit., II, troisième partie, Titre XX, Des Délits et des Peines, Sect. XI, Paris an X.

³ code général pour les Etats prussiens, op. cit.

⁴ CARTUYVELS, D'où vient le code pénal ?, op.cit., p. 352.

stigmatisé une telle législation qu'il taxa d'archaïsme¹, nous ne sommes pas certain que Montesquieu en aurait fait autant. En fin de compte on peut se demander si le gouvernement monarchique tel qu'il apparaît dans l'œuvre de notre baron bordelais est si éloigné de celui de Frédéric le Grand et de son fils Frédéric Guillaume II.

II. *Dans la Vienne comme à Vienne.*

Nous sommes arrivés à la seconde partie de notre propos, centrée sur la mise en œuvre du code autrichien de 1787 auquel fait pendant le code français de 1791.

Lorsqu'on analyse l'application du code de Joseph II de 1787 à 1803 - une analyse faite dans les Archives judiciaires de Trieste² - l'aspect le plus frappant est sans nul doute la répression du vol, plus précisément du vol aggravé. Indépendamment de l'objet volé, cette infraction est punie avec une très grande sévérité. Emprisonnement long et dur en premier degré et travail public allant de huit à douze ans si le vol s'est passé la nuit, ou aux dépens du maître, en cas d'incendie ou d'inondation³. Si, par contre, il a été commis en lieu clos, ou en compagnie de plusieurs voleurs, ou dans un lieu sacré ; s'il a causé un dommage très sensible en raison soit de sa valeur considérable soit des conditions économiques précaires de la victime, le juge est obligé de condamner l'accusé à l'emprisonnement de second degré et au travail public allant d'un minimum de cinq ans à un maximum de huit ans⁴. Eh bien, la sévérité de ce traitement punitif est systématiquement boycottée par les juges. Au début, c'est ouvertement que ces magistrats n'appliquent pas la norme, réprimant le vol aggravé par trois mois de travaux publics. Il s'agit d'une peine arbitraire, infligée en contradiction ouverte avec le principe de légalité de la peine explicitement fixée par le code lui-même⁵. Ce comportement ne passe pas inaperçu. Un décret émané au printemps de l'année 1788 met tous les juges en alerte : « Les peines sévères indiquées dans le paragraphe 160 du code criminel [doivent] avoir lieu et [doivent] être infligées même dans les cas où le bien volé est de très faible valeur, ou que le montant est infime et de peu de considération »⁶. L'histoire s'arrêterait-elle là ? Ce décret lie-t-il les mains des juges ? Tant s'en faut. L'affaire persiste, on contourne une autre norme,

¹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris 1856, note à la page 59 ligne 1, p. 372 et s. ; observations valorisées par P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, op. cit., pp. 238-243.

² *Archivio di Stato di Trieste*, Cesareo Regio Governo in Trieste, Giudizio civico e provinciale, Atti penali, buste 983-990 : dorénavant AST, GCP, Atti penali. V. S. SOLIMANO, *La codificazione nel vortice della storia. Aspetti della prassi penalistica triestina*, dans R. FERRANTE, S. SOLIMANO, *Cultura giuridica e amministrazione della giustizia a Trieste: delitti e processi durante la vigenza della codificazione criminale Giuseppina*, dans *Codice generale austriaco*, op. cit., pp. CCL-CCLXXI.

³ *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* - Codice generale sopra i delitti e le pene, in *Vienna e Rovereto 1787*, § 160.

⁴ *Ibidem*.

⁵ § 13.

⁶ Ordine Circolare del Ces. Reg. Governo di Trieste e Gorizia, *L'Osservatore triestino*, con approvazione del Ces. Reg. Governo, Sabato 24 maggio 1788, XLII, p. 866.

cette fois contenue dans le code de procédure pénale entré en vigueur le 1^{er} août 1788, grâce auquel on continue à éluder la disposition du code pénal¹. Le paragraphe 171 permet la mitigation de la peine infligée par le Tribunal Supérieur à condition que l'accusé ait un casier judiciaire vierge et que soient réunies les qualités nécessaires énumérées dans ce paragraphe². Le juge doit prendre en considération, par exemple, la ténuité du dommage causé par le délit (à condition qu'il ne s'agisse pas d'homicide, de rapine ni d'incendie) ; la vie antérieure honnête, de l'accusé, son jeune âge et son ignorance manifeste par absence d'éducation et d'expérience (sinon une punition trop sévère porterait préjudice à la subsistance d'une famille innocente en portant atteinte à la profession du coupable). Or, les conditions nécessaires indiquées dans les paragraphes 171 et 177 ne sont pas estimées contraignantes par les juges qui demandent la mitigation de la peine, y compris par exemple en faveur des récidivistes ou pour les accusés qui ne peuvent pas jouir du bénéfice de l'âge. Le point de force de cette affaire réside dans le fait que le Tribunal Supérieur prête l'oreille aux demandes des tribunaux inférieurs³. Même les juges de second degré stigmatisent l'option punitive du législateur de 1787 pour le vol aggravé et détricotent eux aussi les mailles de la loi. Pensez que sur 184 condamnations pour vol, 136 ont été diminuées (paragraphe 171), ce qui correspond à 74%. Et si l'on se réfère aux peines infligées, il faut observer que la condamnation à la détention de six mois et la condamnation à la détention de un an représentent les peines les plus pratiquées. Bien en dessous de la limite minimum des cinq ou des huit ans prévus par le législateur.

Attendu donc que la peine pour le vol aggravé est considérée comme trop sévère, cherchons à reconstruire les raisons et les motivations qui poussent ces magistrats à recourir continûment et subrepticement au paragraphe 171. Les réponses sont multiples.

Avant tout, il faut noter que très souvent il s'agit de vols sans gravité : des oranges (avril 1790)⁴, une couverture (décembre 1790)⁵, des clous (octobre 1792)⁶, une cape (novembre 1792)⁷, des choux (décembre 1793)⁸, de

¹ *Le code de procédure criminelle (Allgemeines Kriminalgerichtsordnung, Regolamento generale della procedura nelle cause criminali, Wien, Rovereto 1788) n'a été promulgué entièrement que dans le ressort de Steyr, de Trieste et de Gorizia et Gradisca.*

² § 171, *Allgemeines Kriminalgerichtsordnung, Regolamento generale della procedura nelle cause criminali*, op. cit.

³ *Quoi qu'il en soit, il faut noter que les juges triestins élaborent néanmoins certaines limites: ils ne demandent pas l'acte de clémence lorsque le coupable en a déjà bénéficié une fois ou quand il s'agit d'un criminel pour lequel il n'y a aucun espoir d'amélioration (bref, d'un hyper-récidiviste, si on nous passe l'expression).*

⁴ *AST, GCP, Atti penali, b. 984, f. 1790, n.11), avril: « 26 oranges [...] le montant du vol est quasi d'aucune considération » lit-on dans le rapport (referato).*

⁵ *AST, GCP, Atti penali, b. 984, f. 1790, n. 27), décembre: « la peine légale semble un peu trop rigoureuse », annote le magistrat.*

⁶ *AST, GCP, Atti penali, b. 985, f. 1792, n. 33), octobre.*

⁷ *AST, GCP, Atti penali, b. 985, f. 1792, n. 36), novembre.*

⁸ *AST, GCP, Atti penali, b. 986, f. 1793, n. 27), décembre.*

l'avoine (février 1796)¹, de la corde (avril 1798)², des mouchoirs (juillet 1800)³, du pain (février 1801)⁴, du foin (1803)⁵). Des délits commis par de pauvres gens ou par des personnes devenues indigentes à la suite de la perte de leur travail (ouvriers, porteurs). Des vols perpétrés concomitamment avec les famines ou des hivers rigoureux⁶. Dans les 'rapports' (*referati*) les juges examinent minutieusement le cadre économique et social de la ville. Et les portraits qu'ils font des accusés sont d'une telle crudité qu'ils ne seraient nullement déplacés dans certaines pages de Victor Hugo, *si parva licet componere magnis*⁷. Mais il s'agit aussi de vols accomplis par des personnes qui n'appartiennent pas au petit peuple, ayant gagné Trieste de Turin ou de Livourne pour apprendre l'art mercantile (le plus souvent, ce sont des « scribes ») ; ces personnes sont licenciées en raison des difficultés financières de leur *dominus* et en conséquence elles volent le strict nécessaire pour leur permettre de rentrer chez elles. À l'égard de ces marchands en herbe, les magistrats se montrent particulièrement sensibles : ils décident de la non publication de la sentence pour éviter de « compromettre leurs progrès dans le commerce »⁸. Les juges demandent aussi la mitigation de la peine pour une autre raison qui mérite d'être soulignée. Ils sont conscients que la prison produit des effets criminogènes. Au terme d'un « emprisonnement long en compagnie de scélérats des plus perfides (le condamné) retrouvera la liberté

¹AST, GCP, Atti penali, b. 987, f. 1796, n.2), février: *vol commis par un « dangereux et récidiviste délinquant (pour) pourvoir à sa femme et à ses enfants »*.

²AST, GCP, Atti penali, b. 987, f. 1798, n. 5), avril.

³AST, GCP, Atti penali, b. 988, f. 1800, n. 12), juillet.

⁴AST, GCP, Atti penali, b. 988, f. 1801, n. 5), février.

⁵AST, GCP, Atti penali, b. 990, f. 1803, n. 19), avril.

⁶ « L'extrême disette de vivres est trop notoire, non seulement dans cette ville mais dans le Frioul et d'autres régions circonvoisines », rapporte le juge en 1801 (AST, GCP, Atti penali, b. 988, f. 1801, n. 5), février) ; « il est notoire que la période où le vol a eu lieu correspond à la saison tellement rigide qu'on pouvait à peine sortir de la maison ni retrouver quelque travail de porteur, que dans l'introduction qui suit de l'Institution charitable des pauvres les aumônes supplémentaires ont été terriblement rares et qu'il a même été interdit de mendier [...] », souligne-t-on en 1803 (AST, GCP, Atti penali, b. 990, f. 1803, n. 11), mars). Et devant des vols commis par des marins restés sans travail, le juge exhorte la Direction de Police à se prodiguer pour leur trouver une occupation : « l'extrême nécessité (de voler à laquelle) ils étaient exposés durant l'hiver passé si mauvais et aussi par manque de travail de leur profession pour la plupart de marin ; et en raison de ces réflexions ces accusés méritent la meilleure recommandation possible afin que la condamnation qu'ils méritent soit plutôt commuée en coups de bâton si sensibles avec l'avertissement le plus sérieux à leurs parents respectifs de veiller à l'avenir à la bonne morale et à la conduite civile de leurs malheureux fils et grâce à la recherche de cette Direction de Police de procurer leur embarquement dans les nombreux navires nationaux qui naviguent et avec leur prise en charge par les capitaines et les maîtres respectifs de bateau pour un certain temps déterminé où ils doivent s'habituer au travail et s'occuper de leur métier » : AST, GCP, Atti penali, b. 989, f. 1802, n. 11), avril.

⁷ Homme réduit à la « misère, répugnant parce qu'il a actuellement toutes les marques de la teigne sur la tête et qu'à cause du caractère aigu de sa maladie affreusement dégoûtante, impuissant à servir, déguenillé, voire dépourvu des vêtements indispensablement nécessaires » : AST, GCP, Atti penali, b. 984, f. 1790, n. 3), février. « Des corps [...] hâves [...] des visages livides et émaciés [...] des vêtements en haillons [...] (sans) nourriture » : AST, GCP, Atti penali, b. 988, f. 1801, n.5), février.

⁸AST, GCP, Atti penali, b. 988, f. 1800, n. 11), juillet; AST, GCP, Atti penali, b. 989, f. 1802, n. 24), juillet; ibidem, n.42), novembre; AST, GCP, Atti penali, b. 990, f. 1803, n. 8), février.

[...] avec une âme plus marquée et plus dépravée, au lieu d'être corrigé », écrivent-ils en 1793¹; une « longue condamnation le dévoie », répètent-ils six ans plus tard². Il vaut donc mieux une courte détention durcie, au besoin, de quelques coups de bâton³.

Certes, il reste à se demander si, en réalité, l'autorité politique était au courant d'une telle pratique et si, en conséquence, elle l'avait approuvée. Dans les Archives de Trieste, en effet, nous ne retrouvons pas de missive à l'instar de celle de 1788 destinée à reprendre les juges. À vrai dire, il nous semble étrange que ce comportement désinvolte du Tribunal Supérieur soit passé inaperçu. D'autant que le législateur de 1803 s'orientera vers une refonte totale de la discipline du vol, arrivant à proposer des peines qui ne diffèrent en rien de celles infligées par le Tribunal Supérieur⁴.

Or, l'aspect le plus intéressant et le plus surprenant de cette question nous vient de la constatation qu'en France, durant la même période, on assiste à un phénomène identique. S'agit-il d'une coïncidence significative? Essayons de le découvrir. Comme le législateur autrichien de 1787, le législateur français de 1791 a lui aussi prévu des peines sévères pour le vol aggravé. Les vols commis la nuit, ou avec escalade, avec fausses clés, ou encore avec port d'armes ou en groupes sont punis par huit ans de fers. Et s'ils sont accompagnés d'autres circonstances prévues par le code, le juge est obligé d'en ajouter deux autres pour chaque circonstance établie. Pourtant, le jury de jugement boycotte systématiquement une telle rigueur répressive. Nous le savons grâce aux travaux de Bernard Schnapper qui s'est penché sur l'application du code pénal dans le département de la Vienne⁵. Pour preuve, le

¹ AST, GCP, Atti penali, b. 986, f. 1793, n. 21), septembre.

² AST, GCP, Atti penali, b. 988, f. 1799, n. 1), janvier.

³ AST, GCP, Atti penali, b. 985, f. 1791, n. 21), septembre ; AST, GCP, Atti penali, b. 985, f. 1792, n.17), juin: « [...] vu l'ignorance, l'éducation grossière de cet accusé abandonné à lui-même [...] au grand dommage qu'une longue condamnation lui coûterait, consultius esset d'abrégier la peine légale en la commuant en une vingtaine de coups de bâton » ; ibidem, n. 30), septembre : « seulement 16 ans et élevé par des parents rustres on ne peut donc pas prétendre qu'il soit capable de réfléchir sérieusement à ses actes mais il faut plutôt supposer en lui une grande ignorance. Enfin je brûle de proposer de vouloir le punir plutôt avec une peine exacerbée qu'une longue détention [...] devant cohabiter avec les pires scélérats il est exposé à être instruit par ces mêmes dans les principes les pires, alors qu'il devrait être rendu avec l'éducation qu'il se doit » ; ibidem, n. 38), novembre ; AST, GCP, Atti penali, b. 990, f. 1803, n. 57), décembre : « le plus considérable préjudice qui proviendrait d'une longue et publique condamnation en compagnie d'autres malfaiteurs raffinés à ce garçon en raison de la séduction et de leur corruption au lieu d'une amélioration et d'un repentir ».

⁴ V. surtout F. E. VON ZEILLER, Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde im Straf und Civil Justiz Sache..., Wien und Triest 1810, I, p. 71 et s. ; cf. §§ 157-160 du code pénal autrichien de 1803. Cf. S. JENULL, Commentario sul codice e sulla processura criminale della monarchia austriaca ossia il diritto criminale austriaco esposto secondo i suoi principj ed il suo spirito, prima versione italiana dal tedesco, Milano 1816, II, p. 284 et s.; L. GARLATI GIUGNI, Nella disuguaglianza la giustizia, Pietro Mantegazza e il codice penale austriaco (1816), Milano 2002, pp. 164-169.

⁵ B. SCHNAPPER, L'activité du Tribunal criminel de la Vienne (1792-1800), dans La Révolution et l'orde juridique privé. Rationalité ou scandale ? Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Paris 1988, II, pp. 623-638.

tribunal de la Vienne absout à grand bruit la voleuse d'un melon au marché alors que, selon le code, il aurait dû la condamner à huit ans¹. Bien évidemment, les jurés ont contourné les normes. Il est notoire, en effet, que le législateur de 1791 a élaboré un système de peines fixes ; c'est le système le plus proche des prescriptions de Montesquieu et de Beccaria qui ne permet pas au magistrat de moduler la sanction². Comme l'écrit Bernard Schnapper, « le jury avait à répondre pour chaque infraction et chaque accusé à trois questions : le fait est-il constant ? L'accusé en est-il l'auteur ? L'a-t-il commis avec l'intention de nuire ? Cette dernière question était essentielle et son défaut un cas de cassation »³. « Or - continue ce chercheur -, les juges, notamment dans les affaires de vols, trouvèrent en y répondant négativement un moyen facile d'acquitter »⁴.

Et donc dans la Vienne comme à Vienne ! Puisque dans le département de la Vienne tout comme dans les territoires héréditaires des souverains viennois, les juges ne sont pas restés inertes devant les peines disproportionnées par rapport au fait préjudiciable.

Nous pouvons achever notre discours en constatant que l'histoire de l'application des premiers codes pénaux, autrichiens et français, a paradoxalement démenti la fameuse affirmation de Beccaria selon laquelle « un désordre qui naît de la rigoureuse observation de la lettre d'une loi pénale ne saurait être mis en balance avec les désordres qui naissent de son interprétation »⁵.

¹ Ibidem, p. 625.

² CARBASSE, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit., p. 417.

³ SCHNAPPER, L'activité du Tribunal criminel de la Vienne, op. cit., p. 625; sur le jury en France v. A. PADOA SCHIOPPA, La giuria penale all'Assemblea Costituente francese, dans La giuria penale in Francia, Milano 1994, pp. 130-152 ; J.P. ROYER, Histoire de la justice en France, ed. Paris 1995, p. 283 et s.

⁴ Ibid. V. J.- M. CARBASSE, Etat autoritaire et justice répressive : l'évolution de la législation pénale de 1789 au code de 1810, dans All'ombra dell'aquila imperiale, Atti del convegno di Torino 15-18 ottobre 1990, Roma 1994, I, p. 318.

⁵ BECCARIA, Des délits et des peines, § IV, éd. et trad. Ph. Audegean, op. cit., p. 155. « J'étonnerais les lecteurs - aurait observé Bentham - si je leur exposais le code pénal d'une Nation célèbre par son humanité et par ses lumières. On s'attendrait à y trouver la plus grande proportion entre les délits et les peines : on y verra cette proportion continuellement oubliée ou renversée [...]. Les Jurés, pour éviter un excès de sévérité, tombent souvent dans un excès d'indulgence. De là résulte un système pénal incohérent, contradictoire, unissant la violence à la faiblesse, dépendant de l'humeur d'un juge, variant de circuit en circuit, quelquefois sanguinaire, quelquefois nul » : J. BENTHAM, Traités de législation civile et pénale, Paris 1802, II, pp. 430-431. Le législateur de 1810, cela est notoire, cherchera à y remédier : cf. Y. JEANCLOS, Droit pénal européen. Dimension historique, Paris 2009, pp. 233-244. Le juge Bourguignon, quand même, vis-à-vis du code en chantier restera perplexé : « Les peines proposées contre divers genres de crimes, particulièrement contre les vols simples, paraissent d'une rigueur excessive. Cette rigueur qui s'était déjà fait sentir dans le code pénal de 1791 avait beaucoup nui à l'institution du jury, par la raison que le jurés préféreraient souvent absoudre un coupable à faire appliquer une peine trop sévère » : Paris 21 octobre 1808, Observations d'un magistrat sur le Projet de code criminel, par Bourguignon Juge en la Cour de justice criminelle de la Seine et membre du Conseil des disciplines et d'enseignement de l'Ecole de droit de Paris, Archives Nationales Paris, BB 30 527. Par contre on aurait modifié le règlement des vols sans gravité : « Enfin le projet arrive aux vols simples, aux larcins et filouteries ; et il les

*punit d'un emprisonnement d'un an au moins ou de cinq ans au plus. La peine, comme vous le voyez, Messieurs, a changé de nature à l'égard du vol ; elle est seulement correctionnelle, et telle qu'elle convient à des vols simples, à des filouteries ; et comme il se rencontre toujours une foule de nuances qui varient et modifient ces actes à l'infini, on a adopté l'utile latitude d'un an à cinq ans, pour que chaque faute pût être punie d'une manière appropriée à ses circonstances. (1 : On doit faire observer que le projet ne se borne pas à cette latitude. Suivant la disposition générale qui le termine, en matière correctionnelle, quand il n'y aura eu qu'un faible dommage et que les circonstances seront atténuantes, l'emprisonnement pourra être descendu même au-dessous de six jours, et l'amende au-dessous de seize francs ; les juges sont même autorisés à ne prononcer que l'une de ces deux peines. Cela s'applique à tous les genres de soustractions compris dans la classe des vols simples et non qualifiés dans les articles précédens, par conséquent aux filouteries, maraudages, larcins de quelques poignées de grains, morceaux de bois, pierres, ailleurs que dans les carrières, etc., etc. ; les juges sont investis du droit de les punir selon leur plus ou moins de gravité) » : Rapport fait au corps législatif dans la séance du 19 février 1810 par M. Louvet, en présentant le vœu d'adoption émis par la commission législative sur le chapitre II du Titre II du Livre III du code pénal, dans *LOCRÉ*, Législation civile commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français, éd. Bruxelles 1837, XV, p. 533.*

LE CODE PÉNAL DE 1810

*La séance est présidée par Bernard BARBICHE,
professeur émérite de l'Ecole Nationale des Chartes*

BERNARD BARBICHE,
président de séance

Je remercie très vivement Monsieur le premier président Lamanda de l'honneur qu'il m'a fait et de la confiance qu'il m'a témoignée en m'invitant à présider cette séance. Une confiance à laquelle je suis d'autant plus sensible que, comme il est notoire, je ne suis pas spécialiste des institutions du Premier Empire. J'ai enseigné à l'école des Chartes l'histoire des institutions de l'Ancien Régime et j'avais l'habitude de parler à mes élèves de l'ordonnance criminelle de 1670 plutôt que du code pénal de 1810. Cela dit, j'ai toujours pris beaucoup d'intérêt à observer les destinées de l'héritage législatif de la monarchie et à suivre jusqu'à nos jours les permanences et les ruptures qui marquent l'histoire de notre droit depuis cinq siècles.

Le bicentenaire du code pénal nous invite à cette réflexion, mais il n'est pas interdit, je pense, de saisir cette occasion pour élargir notre horizon aux quatre autres codes promulgués à partir de 1804. Tous sont à des degrés divers tributaires de l'ancien droit. Tout d'abord parce qu'ils ont été rédigés par des juristes qui ont été formés et qui ont commencé leur carrière avant la Révolution : Bigot de Préameneu, Tronchet, Maleville et Portalis, « le quatuor du code civil », étaient avocats (les deux premiers avaient exercé dans le Nord, aux parlements de Rennes et de Paris, les deux autres dans le Midi, à Bordeaux et à Aix, pays de droit romain). Portalis était dès avant 1789 un éminent spécialiste du droit du mariage. Le code pénal, lui, eut pour principal rédacteur Guy Jean-Baptiste Target, lui aussi ancien avocat, défenseur de Beaumarchais contre Göezmann puis du cardinal de Rohan dans l'affaire du collier de la reine. Ces juristes ont souvent trouvé leur inspiration dans les œuvres doctrinales de l'Ancien Régime (comme celles de Robert Joseph Pothier) et dans les ordonnances de Louis XIV et de Louis XV. Les méthodes aussi présentent des analogies : le Premier consul a assisté à certaines séances préparatoires du code civil, comme l'avait fait Louis XIV pour l'ordonnance civile de 1667. De même que celle-ci a été dénommée « code Louis », le code civil a pris en 1807 le titre de « code Napoléon ». Les tribunaux ont été consultés. Il y a donc dans certains cas des continuités et des parallélismes

évidents. Ainsi, le code de commerce de 1807 s'inspire largement de l'ordonnance de 1673 ou code marchand préparé par Colbert. Mais de tous les codes napoléoniens, le code pénal de 1810 est celui qui innove le plus. Ses auteurs ont cherché une voie médiane entre la sévérité extrême de l'Ancien Régime et l'indulgence du code pénal de 1791. Il en a été de même pour le code d'instruction criminelle de 1808, œuvre de compromis entre la procédure inquisitoire fixée par l'ordonnance de 1670 et la procédure révolutionnaire à dominante accusatoire inspirée du modèle britannique. Encore ne faut-il pas exagérer ce qu'on a parfois appelé la barbarie des lois royales. Si les lois sont rigoureuses, leur application au XVIII^e siècle était plus clémentine qu'on ne l'imagine (à l'exception de quelques châtimens atroces mais rares tels que l'écartèlement des régicides), comme l'ont montré les travaux du professeur Benoît Garnot. Par ailleurs, la monarchie elle-même, à la fin du règne de Louis XVI, a sensiblement atténué son dispositif répressif. Quoi qu'il en soit, si l'on s'en tient aux textes, le code pénal se démarque de la législation royale. Il est le fruit d'une réflexion philosophique qui s'est développée à l'époque des Lumières (le grand nom de Cesare Beccaria, mais aussi ceux d'Helvétius, de Montesquieu, de Diderot, de Bentham, viennent immédiatement à l'esprit), et sur ce plan aussi, indépendamment de la technique législative, on trouve dans le dernier siècle de l'Ancien Régime les sources de son inspiration. C'est ce que va nous montrer le professeur Xavier Martin, professeur émérite de l'université d'Angers, historien des idées politiques et spécialiste plus particulièrement de l'époque révolutionnaire. On lui doit une dizaine d'ouvrages parus pour la plupart depuis 2001. Je retiendrai de cette abondante production : *Nature humaine et Révolution française : du siècle des Lumières au code Napoléon* (2002) ; *Mythologie du code Napoléon : aux soubassements de la France moderne* (2003) ; *Retour sur un itinéraire : du code Napoléon au siècle des Lumières* (2010). Sa communication d'aujourd'hui s'intitule « Les arrière-plans philosophiques dans la rhétorique du législateur de 1810 ».

Après avoir analysé les courants philosophiques qui ont influencé les rédacteurs du code pénal, nous allons maintenant voir ce qu'il est advenu de ce texte dans les deux premiers siècles de son existence. On peut résumer cette histoire en disant qu'elle a été la recherche toujours insatisfaite d'un difficile équilibre entre d'un côté la nécessité de punir les coupables, de donner réparation aux victimes et de rétablir l'ordre social troublé par le crime, et d'un autre côté le souci de donner aux criminels la possibilité de s'amender, en utilisant la prison devenue désormais une peine pour les resocialiser. Ce mouvement continu s'est accéléré au XX^e siècle, surtout dans sa seconde moitié, avec entre autres cette mesure phare qu'a été l'abolition de la peine de mort en 1981 – une mesure qui avait déjà été débattue en 1791 –, mais aussi plusieurs lois « sécuritaires ». Nul n'est mieux qualifié pour traiter de cette évolution que le professeur Yves Jeanclous, de l'université de Strasbourg, éminent spécialiste de l'histoire du droit pénal et dont les ouvrages sont aujourd'hui ou vont devenir des usuels : *La législation pénale de la France du XVI^e au XVIII^e siècle. Textes principaux* (1996, dans la collection « Que sais-je ? ») ; *Droit pénal européen : dimension historique* (2009) ; et enfin un

Dictionnaire du droit criminel et pénal qui vient juste de paraître. Sa communication s'intitule : « De 1810 à 2010 : le code de 1810 en mouvement. »

DU TEMPS DES LUMIÈRES A 1810 : ANTHROPOLOGIE ET DROIT CRIMINEL

Xavier MARTIN,
professeur émérite de l'Université d'Angers

En 1808 et 1810, le législateur napoléonien se réfère sans cesse à l'antécédent de 1791 : c'est naturellement pour s'en démarquer, – non sans déférence. Or ce dernier emprunte beaucoup à Beccaria¹, lui-même tributaire des Lumières françaises, surtout d'Helvétius, dont Beccaria dit : « C'est lui qui m'a poussé avec force dans le chemin de la vérité »². Or Helvétius n'est aucunement criminaliste. Ce qu'il est ? Le vulgarisateur en chef de l'*anthropologie* du temps. Il est vrai que celle-ci conditionne l'*humanisme*, enjeu décisif sur le plan pénal aux années en cause. Peut-être est-il donc légitime, dans l'effervescence du droit criminel de 1789 à 1810³, d'*essayer* le fil anthropologique.

Or l'anthropologie des Lumières françaises est *réductionniste* : elle a propension à *réifier* l'homme. Un état d'esprit dont les retombées, dans un premier temps, sont comme estompées par un optimisme superficiel sur la chose humaine (I), lequel, à l'expérience de la Révolution, s'efface devant un pessimisme résolu, qui donne du tranchant au réductionnisme, et bien sûr incline à la répression (II).

I. RÉDUCTIONNISME ET OPTIMISME D'ATMOSPHÈRE.

A. Beccaria, les Lumières.

1758 : *De l'Esprit*, d'Helvétius⁴. Livre à scandale : le bruit en vient jusqu'à Milan. Beccaria a vingt ans, il publiera son beau traité six ans plus tard, et confessera que sa lecture de *De l'Esprit* fut décisive⁵. Or que fait

¹ C. Beccaria (1738-1794), *Dei Delitti e delle Pene* (écr. de mars 1763 à début 1764 ; publ. Livorno, été 1764) ; éd. italienne consultée : Rizzoli Editore, Milano, 1950 ; éd. française utilisée : Des Délits et des Peines, publ. F. Venturi, Genève Droz, 1965. – Faute d'assez de temps, nous laissons à ce texte beaucoup de son caractère d'esquisse orale, et espérons en publier un peu plus tard une version étoffée. – Sauf mention contraire, c'est par nos soins que certains mots ou expressions figurent en italique dans les citations.

² Beccaria à Morellet, 26 janvier 1766 : Correspondance générale d'Helvétius, publ. D. Smith et coll., 4 vol., t. 3, Toronto-Buffalo-Oxford, 1991, p. 252, d'après la traduction de Morellet.

³ Voir B. Schnapper, « Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815 », dans X. Rousseaux, M.-S. Dupont-Boucharat, C. Vael, dir., *Revolution and criminal Justice. French Models and National Tradition, 1780-1830*, Paris-Montreal, L'Harmattan, 1999, p. 17-35.

⁴ À Paris, chez Durand ; édition utilisée : « Corpus des Œuvres de Philosophie en Langue française », Paris, Fayard, 1988.

⁵ « Je dois à la lecture de *De l'Esprit* une grande partie de mes idées » (Beccaria à Morellet, loc. cit.).

Helvétius ? Il réduit l'homme à la matière, et sa vie intérieure à une *chimie des sensations*. « Penser », « vouloir », « juger », c'est uniquement « sentir » : Helvétius le répète¹, qui proprement n'invente rien : il vulgarise du Condillac², lequel quant à lui restituait du Locke radicalisé³... Au bout du compte ? La négation – ce n'est pas peu – du libre arbitre en l'être humain. Qu'écrit Diderot ? « Il n'y a qu'une seule opération dans l'homme : c'est sentir », une opération « qui n'est jamais libre »⁴. Qu'en déduit-il ? Que « le mot *liberté* est un mot vide de sens »⁵. Qu'écrit d'Holbach ? « [L]e libre arbitre est une chimère »⁶. Que dit Voltaire ? La *liberté* est « de toutes façons une belle chimère », il renchérit : « une chimère absurde »⁷. Et tout s'enclenche, dans la logique du paradigme newtonien⁸ : ainsi allégé de son libre arbitre, l'homme se connecte intégralement au mécanisme universel, dont il reçoit son carburant, les sensations⁹. Voltaire à nouveau : « Nous sommes de petites roues de la grande machine »¹⁰... « nous ne sommes que des roues de la machine du monde »¹¹...

Cette théorie, dont La Mettrie posait les bases dans *L'Homme Machine* – titre « admirable » pour Voltaire¹² – ladite théorie se généralise. Elle détermine, incidemment, l'*absence d'un saut qualitatif* entre l'humanité et l'animalité : « De l'animal à l'homme, la transition n'est pas violente, les

¹ Voir notre *Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au code Napoléon*, 2^e éd., Éditions Dominique Martin Morin, Bouère, 2002, p. 12-15.

² Dont l'Essai sur l'origine des connaissances humaines. Ouvrage où l'on réduit à un seul principe tout ce qui concerne l'entendement humain (1746) et le Traité des Sensations (1749).

³ Locke, An Essay concerning Human Understanding (1690).

⁴ Diderot, Observations sur Hemsterhuis, annotations critiques de 1773-1774 sur l'ouvrage de cet auteur néerlandais Lettre sur l'Homme et ses Rapports, 1772 : dans Diderot, Œuvres, publ. L. Versini, t. 1, « Philosophie », [p. 687-770], p. 717.

⁵ Diderot à Landois, 29 juin 1756 : dans sa Correspondance, 16 vol., publ. G. Roth puis J. Varloot, Paris, Éditions de Minuit, 1955-1970, t. 1, p. 213.

⁶ D'Holbach, Le Bon Sens, ou Idées naturelles opposées aux Idées surnaturelles (1772), Paris, 1971, p. 70, titre même d'un chapitre.

⁷ Voltaire à Cideville, 11 novembre 1753 : dans Correspondence and related Documents, publ. Bestermann, Best., D 5567, t. 14, Genève, 1971, p. 309 ; et à « un destinataire inconnu », vers 1770 : Best., D 16478, t. 36, Banbury, 1974, p. 314 (c'est bien expressément le libre arbitre selon les « scolastiques » qui est ainsi disqualifié).

⁸ C'est à bon droit, nous semble-t-il, que G. Gusdorf tient « la fascination newtonienne » pour « la marque caractéristique de l'âge des Lumières » (Les Origines de l'Herméneutique, Paris, Payot, 1988, p. 424). Voir sur ce point deux gros chapitres en son ouvrage Les Principes de la Pensée au Siècle des Lumières [« Les Sciences humaines et la Pensée occidentale », vol. 4], Paris, Payot, 1971, p. 151-212.

⁹ Cf. notre ouvrage Régénérer l'espèce humaine. Utopie médicale et Lumières, 1750-1850, Bouère, Éditions Dominique Martin Morin, 2008, notamment p. 37-40. Tel est ce qu'A. Koyré désigne comme « l'alliance impure de Newton et de Locke » : « Sens et portée de la synthèse newtonienne », art. de 1950 consulté dans Koyré, Études newtoniennes, Paris, 1968, [p. 25-49], p. 42.

¹⁰ Voltaire à Mme du Deffand, 22 mai 1764 : Best. D. 11883, t. 27, Banbury, 1973, p. 710.

¹¹ Voltaire, rubrique « Franc arbitre », dans Questions sur l'Encyclopédie (écr. vers 1770), in ses Œuvres, publ. Beuchot, t. 29, Paris, 1829, p. 508.

¹² Voltaire à Mme du Deffand, 7 août 1769 : Best., D 15805, t. 35, Banbury, 1974, p. 141.

vrais philosophes en conviendront », écrit La Mettrie¹, et Diderot dit même que « [t]out animal est plus ou moins homme »². Or « *avec_force* » cette théorie sensationniste pousse Beccaria, entendons-nous, « dans le chemin de la vérité ». Et d'évidence, un tel système nie qu'on puisse être responsable... Le droit pénal régulera-t-il un monde *sans faute* ? Théoriquement oui... Le marquis de Sade, ce « verre grossissant » de l'esprit du temps, dira sans ambages : « Les crimes sont impossibles à l'homme »³. Relisons Beccaria : « la vraie, la seule mesure des délits », écrit-il par exemple, n'est pas, « comme certains le pensent par erreur, l'intention du coupable », car elle « dépend de l'impression momentanée causée par les objets [...] »⁴ – orthodoxie sensationniste assez banale, purement conforme à ce qu'on lit dans *De l'Esprit* : « Nous sommes uniquement ce que nous font les objets qui nous environnent »⁵.

La suite coule de source. Punir n'a plus d'objet. La question pénale se dé-moralise. Son droit s'*objectivise*, et se voit pour seul but l'*utilité sociale*. C'est son objet, précisément, chez Beccaria : rectifier le trajet d'un déviant, le remettre sur la voie de l'utilité commune, tout en dissuadant des imitateurs⁶. Améliorer l'homme pour le mieux ployer au bonheur social ? Idée majeure des philosophes, épris par postulat d'une *perfectibilité* de l'étoffe humaine à retravailler. Régénérer les délinquants n'en est qu'un cas particulier : ce à quoi la *prison*, désormais, pourvoira ; c'est la grande nouveauté⁷. Tout au contraire, sont décriées comme *inutiles* les peines physiques – dont celle qui tue.

Cette mésestime retentissante du *suppliciel*, chez Beccaria, il est usuel d'en créditer un humanisme effervescent. Or cet « humanisme », en réalité, est hypothéqué par les corollaires du sensationnisme évoqué plus haut, lequel se fait gloire, paradoxalement, de réduire l'homme à l'organique ; intelligence et sentiments (etc.) sont strictement affaire de *fibres*⁸... Dignité « humaine » ? Une idée douteuse là où fait défaut la *nature* humaine. « L'homme et l'animal,

¹ La Mettrie, *L'Homme Machine (1747)*, dans ses Œuvres philosophiques, J.-P. Jackson, éd. scient., s. l., Coda, 2004, [p. 43-84], p. 55.

² Diderot, *Le Rêve de d'Alembert (écr. 1769)*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 93.

³ Sade, *La Philosophie dans le Boudoir, ou les Instituteurs immoraux (1795)*, Paris, 1974, p. 302.

⁴ Beccaria, *Des Délits et des Peines (1764)*, § VII, édition citée, p. 17.

⁵ Helvétius, *De l'Esprit*, op. cit., p. 539.

⁶ *Le tout, chez lui, sur fond de déconnection des problématiques juridiques de toute idée de transcendance, hors la Raison elle-même du grand réformateur. – Globalement, Beccaria ne fait guère que cristalliser, quant au droit pénal, l'esprit des Lumières, – certes avec talent et ampleur de vues. Quinze ans avant lui, un ami de Voltaire, en vingt lignes au plus d'un simple roman, condense l'essentiel, à divers égards, de ce que dira Des Délits et des Peines : Boyer d'Argens, Thérèse philosophe (1748)*, Arles, Actes Sud, 1992, p. 70-71.

⁷ *La prison jusqu'alors, au moins en principe, n'était pas une peine, mais une mesure « technique ».* Voir N. Castan, « Le régime des prisons au XVIIIème siècle », dans J.-G. Petit, dir., *La Prison, le Bagne et l'Histoire, Actes du Colloque de Fontevraud (septembre 1982)*, Genève, Librairie des Méridiens, 1984, p. 31-42 ; et le chapitre 1^{er} de J.-G. Petit, *Ces peines obscures. La prison pénale en France. 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990.

⁸ Voir notre ouvrage *Régénérer l'espèce humaine...*, op. cit., p. 31-37.

professait Diderot, *ne sont que des machines de chair ou sensibles* »¹. L'homme et l'animal, des « machines sensibles » ? Beccaria voit avant tout les hommes en tant qu' « êtres sensibles »², ce qui n'est que logique, et suffit sans doute à disqualifier l'horreur des supplices, mais qui concerne, en bonne rigueur, la multitude des animaux, – dont « l'animal bipède qui porte le nom d'homme », comme Diderot l'aimait dire, et Voltaire³... Ce qui se croit un sentiment d' « humanité », dans ces conditions, n'est guère autre chose qu'une empathie aiguë de sensibilités, très vulnérable – on l'éprouvera bientôt – aux variations circonstanciées.

Quant à l'*utilité*, suffit-elle à fonder un abolitionnisme ? Beccaria, tout compte fait, admet la peine de mort assez libéralement : d'une part, dans les circonstances d'anarchie sociale ; d'autre part, quand la mort apparaît comme la seule dissuasion efficace⁴... Critères incertains, sinon élastiques ; peut-on parler vraiment d'un abolitionnisme ?

Même observation sur nos philosophes, qui fortement « objectivent » la peine de mort, – mais la conservent. Pour La Mettrie, « quoique le crime ne soit rien en soi », et que toute sanction soit inéquitable, « il faut bien enchaîner les fous, tuer les chiens enragés, et écraser les serpents »⁵. Il voudrait, ailleurs, « qu'il n'y eût pour juges que d'excellents médecins » ; notable formule : « Eux seuls pourraient distinguer le *criminel innocent* du coupable »⁶. Diderot, qui estime l'homme irresponsable et vilipende un jour sur deux la peine de mort⁷, n'en concède pas moins « qu'il faut étouffer les mauvais sujets pour l'exemple »⁸. [Identiquement, en notre temps, le biologiste Jean Rostand, si attaché au matérialisme des Lumières, et négateur sans équivoque du libre arbitre donc de la responsabilité⁹, concède du

¹ Diderot, *Mémoires pour Catherine II (écr. 1773-1774)*, publ. P. Vernière, Paris, Garnier, 1966, p. 245.

² Beccaria, *Des Délits et des Peines* (1764), éd. citée, § XL, p. 73 (« una moltitudine di esseri sensibili »).

³ Diderot à Mme de Maux (?), été 1769, dans sa *Correspondance*, op. cit., t. 9 (1963), p. 96. Et Voltaire, p. ex., à Mme du Deffand, 10 avril 1772 (« un animal à deux pieds appelé homme ») : *Best.*, D 17688, t. 38, Banbury, 1975, p. 333.

⁴ Beccaria, *Traité des Délits et des Peines* (1764), § XXVIII, éd. citée, p. 48-49. Le traducteur écrit : « le meilleur ou l'unique moyen (sic, mais l'original dit : « il vero ed unico freno ») de dissuader les autres de commettre des crimes ».

⁵ La Mettrie, *Discours sur le Bonheur (vers 1750)*, publ. J. Falvey [« *Studies on Voltaire* », 134], Banbury, 1975, p. 164.

⁶ La Mettrie, *L'Homme Machine*, op. cit., p. 64.

⁷ P. ex. : « *Quoi donc ! est-ce que la main qui a brisé la serrure d'un coffre-fort, ou même enfoncé un poignard dans le sein d'un citoyen, n'est plus bonne qu'à être coupée ?* » : Diderot, *contribution à l'Histoire des deux Indes de Raynal*, dans *Diderot, Œuvres*, publ. L. Versini, t. 3, « *Politique* », Paris, 1995, [p. 579-759], p. 666.

⁸ Rapporté par Mme d'Épinay à Galiani, 5 janvier 1772 : dans leur *Correspondance*, publ. G. Dulac et D. Maggetti, t. 2, Paris, Desjonquères, 1993, p. 261.

⁹ J. Rostand, *Pensées d'un biologiste* (1954), rééd. Paris, Stock, 1978, p. 27 (« *Nos récompenses et nos châtimens ne vont jamais qu'à la chimie et à la chance* »), 29 (« *Condamner le coupable, cela est nécessaire. mais cela est odieux, puisqu'il était déterminé* »), 209 (« *Le plus affreux des coupables n'est pas moins innocent que l'univers* »), 236 (« *Je disculpe l'homme par la bête* »), etc.

moins au corps social « le droit de se protéger contre les protoplasmes antisociaux »¹.] Et quant à Voltaire, lorsqu'il nous explique que la peine de mort « tue inutilement de beaux hommes qui peuvent être utiles »², de toute évidence il laisse scintiller des *a contrario* qui font réfléchir³. De même, lorsqu'il réproche la pendaison pour vol d'une fille « d'une rare beauté »⁴, il est ici trop clair que s'il se fût agi d'une beauté commune, l'abolitionnisme probablement eût été moins franc.

J'ose à peine le dire : Voltaire ne récuse ni la peine de mort, *ni ses cruautés*. « Les assassinats prémédités, dit-il, les parricides, les incendiaires méritent une mort dont l'appareil soit effroyable »⁵... ; on est là six ans après le livre de Beccaria. Détail inattendu : Voltaire œuvra dans l'ombre, et a forgé des faux, pour qu'à Genève Rousseau fût condamné à mort⁶, allant jusqu'à écrire, du Conseil compétent, qu'« il aura trop de prudence et de fermeté pour s'amuser *seulement* à faire brûler un livre à qui la brûlure ne fait aucun mal »⁷. L'image contraire dont on le flatte est-elle donc usurpée ? Oui, assez nettement. Prenons l'affaire Calas. La veuve du supplicié ? « une petite huguenote imbécile », écrit-il. C'est d'ailleurs de famille : une nichée de « protestants imbéciles »⁸. Les juges de Jean Calas ? « Assassins en robe noire », aime-t-il à marteler. Mais le dossier clos, il confie en douce : « J'ai toujours été convaincu qu'il y avait dans l'affaire des Calas de quoi excuser les juges »⁹. Et ce n'est pas le pire. Bref, lui et les siens ont caricaturé la justice criminelle de l'État monarchique, comme au demeurant l'a fait Beccaria, dont les critiques « s'adressent davantage aux maux imaginaires qu'à l'état véritable du droit criminel de son siècle »¹⁰. Non, la barbarie n'en constituait pas le lot quotidien. Pour nous en tenir à ce simple exemple, la présomption d'innocence, que volontiers l'on croit conquête de 1789, est un

¹ Ibidem, p. 28 ; mais il faut savoir que, quant on « croit châtier un homme », on « ne punit jamais qu'un œuf ou des circonstances ».

² Voltaire à Pavée de Villevieille, 31 août 1766 : Best., D 13526, t. 30, Banbury, 1973, p. 411. C'est à propos de déserteurs.

³ Même chose lorsque Diderot déplore l'exécution d'« un homme sain et vigoureux, de trente ans » (référence de la note 23).

⁴ Voltaire, Prix de la Justice et de l'Humanité (octobre 1777), dans ses Œuvres complètes, Paris, chez Lefèvre et Déterville, t. 18, 1818, [p. 204-272], p. 205.

⁵ Voltaire à Philipon de La Madelaine, 28 décembre 1770 : Best., D 16873, t. 37, Banbury, 1974, p. 167.

⁶ Sur cette piquante affaire, dont on a la pudeur de parler peu en France, qu'on nous permette de renvoyer à notre ouvrage Voltaire méconnu. Aspects cachés de l'humanisme des Lumières (1750-1800), 2^e éd., Bouère, Éditions Dominique Martin Morin, 2007, p. 270-271.

⁷ Voltaire à F. Tronchin, vers le 27 décembre 1764 : Correspondance complète de Rousseau, publ. R. A. Leigh (qui tient ce texte pour « un des plus épouvantables de la correspondance de Voltaire »), t. 22, Banbury, 1974, p. 303-304 ; et Best., D 12262, t. 28, p. 263-265. Le livre de Rousseau en cause ? Les Lettres écrites de la Montagne, paru en octobre 1764.

⁸ Voir notre Voltaire méconnu..., op. cit., p. 201-203.

⁹ Voltaire à de Lacroix, 4 septembre 1769 : Best., D 15870, t. 35, Banbury, 1974, p. 210.

¹⁰ C. Goyard-Fabre, rubrique « Commentaire sur le livre Des Délits et des Peines », dans R. Trousson et J. Vercauteren, dir., Dictionnaire général de Voltaire, Paris, Honoré Champion, 2003, p. 226, col. 2.

principe de l'ancien droit, que sans ambages rappelle Louis XVI en 1780¹. On doit savoir, au reste, que la réforme criminelle faisait plus que couvrir dès avant la Révolution, sur le seuil de laquelle nous voilà parvenus.

B. Le code criminel de la Constituante².

Sans doute est-il bon de le préciser : le mécanicisme, en 1789, a comme devant pignon sur rue. Parole de Sieyès : « Jamais on ne comprendra le *mécanisme social* si on ne prend pas le parti d'analyser la société comme une *machine ordinaire* »³ ; un type de formule qui, d'une part, n'est pas sans rappeler Beccaria⁴, et d'autre part fait bon marché de tout libre arbitre chez les citoyens... Sur ce dernier point, relativisons... Il va de soi qu'au quotidien le réel s'oppose à l'escamotage de la liberté... Les législateurs révolutionnaires, c'est trop évident, ne postulent pas l'individu irresponsable, et « intègrent » bien sûr, dans leur champ conceptuel, la culpabilité. Ils le font d'autant plus, quant au code criminel, qu'ils y viennent un peu tard, après deux années gravement agitées : ce qui limite leur angélisme potentiel, donc par exemple aide au maintien de la peine de mort – que peu ont contestée (mais Robespierre en est⁵) ; une peine de mort qu'ils établissent même contre « [t]outes conspirations ou attentats ayant pour objet d'intervertir l'ordre de la succession au trône »⁶. À la tribune, au demeurant, des divergences se font entendre : la rhétorique réactionnaire qui puissamment prédominera après Brumaire, est déjà là dix ans plus tôt, évidemment minoritaire, mais assez vive à l'occasion⁷. Ceci étant dit, la part d'« humanisme » idéalisé qui deux ans plus tôt eût été plus forte, favorisant la perspective attendrissante (c'est un exemple) de « rendre l'innocence évidente »⁸, ne fait pas défaut en 1791 : dans un pays régénéré, nous indique-t-on, la criminalité deviendra plus légère⁹, et d'autant plus, d'ailleurs, – la chose passerait trop facilement inaperçue, – que le *contrôle social* se voudra plus étroit¹⁰. Cette part d'« humanisme », entre autres aspects on l'identifie dans l'abolition des peines perpétuelles dont la *flétrissure*, le tout adossé à une thématique philanthropiquement régénératoire.

¹ J.-M. Carbasse, *Histoire du Droit pénal et de la Justice criminelle*, Paris, P.U.F., 2000, p. 367 et 373-374.

² *Décret des 25 septembre et 6 octobre 1791* : Bulletin des Lois, t. 7, réimpr., Paris, Imprimerie nationale, 1806, p. 397-434 ; et Archives parlementaires, 1^e série, t. 31, p. 325-339.

³ Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État (paru en janvier 1789)*, Paris, 1982, p. 65.

⁴ Beccaria, *Des Délits et des Peines*, § XXII, édition citée, p. 40 : « La machine politique (macchine politiche) conserve plus longtemps que toute autre le mouvement qui lui a été imprimé (en fait : il moto concepito) »

⁵ Robespierre à la Constituante, 30 mai 1791 : Arch. parlem. 1^e série, t. 26, p. 622-623. Cette apparente contradiction est rationnelle. Pour asseoir la société parfaite, donc sans peine de mort, il s'avérera bientôt techniquement nécessaire d'éliminer d'abord ceux qui l'empêchent de naître.

⁶ code pénal de 1791, II^e partie, Titre 1^{er}, section III, art. 7 : *ibid.*, t. 31, p. 331, col. 1.

⁷ Voir p. ex. le pugnace discours de Prugnon, 31 mai 1791 : t. 26, p. 618-622.

⁸ Briois de Beaumetz à la Constituante, 29 septembre 1789 : *ibid.*, t. 9, p. 214, col. 1.

⁹ Le Pelletier de Saint-Fargeau, *Rapport sur le projet de code pénal, au nom des comités de constitution et de législation criminelle, lu à l'Assemblée nationale les 23 et 24 mai 1791* : *ibid.*, t. 26, [p. 319-332], p. 332, col. 1.

¹⁰ *Ibidem*, p. 324, col. 2.

Mais cet « humanisme », – avions-nous noté, – n'a pas d'armature anthropologique. Étant comme poreux, en réalité il est saturé d'*utilitarisme*. Les mots *efficace*, *efficacité*, ou leurs antonymes, reviennent sans cesse dans le rapport inaugural de Le Pelletier de Saint-Fargeau en 1791¹. Souci légitime, l'efficacité, chez qui légifère ? C'est trop évident. Le tout est de savoir de quoi l'on parle, et de ne pas surestimer l'*humanitaire* là où domine visiblement l'*utilitaire* – dont l'omniprésente préoccupation d'*exemplarité*. L'humanisation des exécutions – par la guillotine ? Entre maints écueils, elle cherche un chenal d'*exemplarité*... Le *tout carcéral*, tellement « beccarien »... ? Pour l'exemple, encore... Souvenons-nous : tout est *sensation*. La peine capitale fait certes impression, mais trop éphémère. Rien ne peut valoir, explique Le Pelletier, « une suite *prolongée* de privations pénibles »². Avec la prison, nous dit-il encore, « l'exemple vivra *efficacement* avec le coupable »³. D'où un duo d'impératifs : d'une part, que le jugement ne tarde pas – c'est « beccarien », très typiquement⁴ ; d'autre part, que la peine se purge près du lieu du crime, – pour *faire sensation*. Formule éclairante : si les condamnés ne sont pas visibles, « leurs douleurs sont absolument *perdues pour l'exemple* »⁵. D'où l'appareil du *pilori*, – puis, en cours de peine, est-il proposé, dans la cellule même, ouverte au public, l'*ostension mensuelle* de l'incarcéré, pour les sensations⁶. Si le goutte-à-goutte de l'expiation se distille ainsi près du lieu du crime, s'ensuivront, peut-on lire, de « profondes impressions ». Et l'on explicite : « [L]'affiche d'un jugement produit peu d'effet. On *sait* que tel coupable subit tel châtement » plus ou moins loin d'ici, « on le sait ; mais on ne le voit pas ; *on ne le sent pas* »⁷, etc.

Le mécanisme est partie prenante – en filigrane : sous double rapport et d'automatisme, et d'ajustement. Quel ajustement ? Les peines sont voulues, à la Beccaria, « strictement et évidemment nécessaires » (art. 8 de la Déclaration de 1789), ce qui d'une part exclut la marque et les supplices, d'autre part rend les peines strictement personnelles, d'où l'extinction de l'abusif *confiscation*. Ces options, bien sûr, à titre incident, inclinent à flatter la philanthropie, dont elles font bannière... Mais leur essence profonde ? elle est d'ajustement rationalisateur.

¹ Rapport cité deux notes plus haut.

² Ibidem, p. 322, col. 2.

³ Ibidem, p. 328, col. 2.

⁴ Beccaria, Des Délits et des Peines, § XIX, intitulé « Promptitude du jugement », éd. citée, p. 37. « Le procès lui-même doit être terminé dans les plus brefs délais possibles ». Le tribunal révolutionnaire, en cela plus « beccarien » que Beccaria, jugera comme l'éclair, sans même attendre le crime.

⁵ Arch. parlem., 1^e série, t. 26, p. 324, col. 1.

⁶ Ibidem, p. 329, col. 2, et 332-333, p. ex. projet de code pénal, 1^{er} partie, T. II, art. 3 : « Un jour, chaque mois, la porte du cachot sera ouverte. Le condamné sera exposé dans son cachot avec ses chaînes, aux yeux du public, en présence du geôlier ».

⁷ Ibidem, p. 322, col. 1 ; « cette répression-là, seule, est véritablement exemplaire, qui présente constamment toute la durée de la vengeance des lois » sur les lieux mêmes du crime, « et où des regards toujours connus réveillent sans cesse, dans l'âme du coupable, les sensations actives de l'opprobre et de l'ignominie ».

Quant à l'automatisation, deux principes qui convolent, côté peines : leur *légalité* et leur *fixité*. Dès lors on peut sans risque établir des *jurys*. D'une part, et nous le savons, la France régénérée ne sera que peu criminogène – par hypothèse. D'autre part, l'évidence ordinaire des espèces criminelles *raréfiées* s'imposera au bon sens populaire des jurés, non adultéré par la « science » du droit. Les peines tomberont mécaniquement. Le tout, dans l'idéal, tournera sans à coups, avec en embuscade, au bout du processus, l'impassible couperet, dont la touche à la fois mécanique et « humaine » est un lieu commun chez ses concepteurs¹.

Brochant sur le tout, l'abolition du *droit de grâce*², dont saute aux yeux la dimension anti-royale, relève aussi de cette logique mécaniciste utopisante. Regardons-y. Un point auquel nos « philosophes », tout spécialement, sont allergiques, en ce qu'il offense le modèle cosmique mécanicisé, c'est au fait d'un Dieu qui *personnellement* vient interférer dans la destinée *personnelle* des hommes, et qui au demeurant y procède ... par la *grâce*, dont justement on parlait trop dans les querelles théologiques. Eh bien, le droit de grâce, en quelque sorte, a un statut analogique : dans la machine socio-pénale, il fait bavure – de libre arbitre ; il est normal que l'on déloge cet incongru, lequel au surplus, intempestivement, est la marque avouée d'une *imperfection* du système pénal : cet aspect précis est déterminant dans le rejet sans concession du droit de grâce par Beccaria³.

Sur ce mécanicisme réducteur, un vernis d'optimisme sur l'homme ? L'écaillage survient aux premiers déboires révolutionnaires. Place, rapidement, au pessimisme réfléchi.

II. RÉDUCTIONNISME ET *PESSIMISME* RÉFLÉCHI.

A. *Mesure du phénomène*

Cette seconde phase ? Une coulée unique du 9 thermidor à 1810... Législativement, un « détricotage » du code initial, presque constant, mais par à-coups circonstanciels⁴. Quant à la rhétorique, sur l'homme, un pessimisme : il allègue l'*expérience*, comprenons l'expérience révolutionnaire, cyclone de

¹ Consultation du docteur Louis, secrétaire perpétuel de l'Académie de chirurgie, 7 mars 1792 : « En considérant la structure du col, dont la colonne vertébrale est le centre, composée de plusieurs os dont la connexion forme des enchevauchures [...], il [...] faut nécessairement, pour la certitude du procédé, qu'il dépende de moyens mécaniques invariables, dont on puisse également déterminer et la force et l'effet. [...] – Il est aisé de faire construire une pareille machine, dont l'effet est immanquable. La décapitation sera faite en un instant [...]. Il sera facile d'en faire l'épreuve sur des cadavres, et même sur un mouton vivant » etc. (Arch. parlem., 1^e série, t. 39, p. 686, col. 2). – Voir D. Arasse, « La guillotine ou l'inimaginable effet d'une simple mécanique », dans Revue des Sciences humaines, vol. 186-187, « La machine dans l'imaginaire (1650-1800) », 1982-3.

² code pénal de 1791, 1^e partie, Titre VIII, art. 13 : Arch. parlem., 1^e série, t. 31, p. 329, col. 2.

³ Beccaria, Des Délits et des Peines, § XLVI (le dernier), intitulé « Des grâces », éd. citée, p. 79-80.

⁴ Quant à l'aspect procédural, voir la synthèse de J.-L. Halpérin, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », dans Revolution and criminal Justice..., recueil cité note 3, p. 109-130.

violence et de barbarie – et même judiciaires... D' « humanité » guillotinière, on est gavé. Tel grand républicain s'avouera même « tenté de regretter les anciennes tortures, parce qu'il semblait qu'elles eussent été moins dévorantes »¹. L'expérience ? Elle « finit toujours, pourra-t-on entendre en 1808, par soumettre à ses lois les théories et les systèmes exagérés »². Particulièrement, elle instruit sur l'homme. On alléguera même, deux années plus tard, à la fois « l'expérience et l'étude du cœur humain »³. Portalis, déjà, l'avait observé : « [U]ne courte, mais terrible expérience, a mis à découvert toutes les profondeurs du cœur humain »⁴. Idée commune, en ces quinze ans : les constituants n'ont pas vu l'homme tel qu'en lui-même, ils l'ont rêvé. Subséquemment, on a trop su de quoi est grosse « la séduisante douceur d'une philosophie abstraite qui voit les hommes comme elle voudrait qu'ils fussent, même dans leurs égarements ». Siméon, qui l'énonce, tient aussitôt, notablement, que « l'expérience [...] est après tout le véritable creuset des principes »⁵. La conséquence des illusions originelles ? Un effrayant « débordement » de « scélérats qui ont inondé la France »⁶. « Le droit criminel », entend-on maintenant, est « fait pour comprimer les passions des hommes »⁷. Légiférer en cette matière, dorénavant, n'est autre chose que « descend(re) dans le cœur humain pour en sonder la perversité et en prévenir la corruption »⁸. Si la thématique en est continue, – en 1810, apparaissent encore de bonne référence les rêves éthérés de la Constituante⁹, puis « les longues et instructives années qui ont précédé Brumaire »¹⁰, – sans doute culmine-t-elle fin 1801, avec les rapports d'Oudart et Target (tous deux conseillers au Tribunal de cassation) sur le projet du consulat¹¹, qui, d'ores et

¹ Daunou, *Extrait d'un mémoire... destiné à ses commettants... (août 1794) : dans ses Mémoires pour servir à l'histoire de la Convention nationale...*, Paris, Firmin Didot, 1848, [p. 425-464], p. 461.

² Bruneau-Beaumetz au Corps législatif, 15 décembre 1808 : Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 250, col. 2.

³ Dhaubersart, président de la commission de législation civile et criminelle, au Corps législatif, 12 février 1810 : *ibid.*, p. 568, col. 1.

⁴ Portalis au Conseil des Anciens, 9 messidor an V, 27 juin 1797 : *Moniteur*, n° 286, 16 messidor, 4 juillet, p. 1144, col. 2.

⁵ Siméon (beau-frère de Portalis) au Conseil des Cinq-Cents, 18 germinal an V, 7 avril 1797 : *Moniteur*, n° 202, 22 germinal, 11 avril, p. 809, col. 2.

⁶ Ludot au Tribunal, 20 floréal an X, 10 mai 1802 : Arch. parlem., 2^e série, t. 3, p. 655, col. 2.

⁷ Réal au Corps législatif, 5 décembre 1808 : *ibid.*, t. 10, p. 198, col. 2.

⁸ Monseignat au Corps législatif, 17 février 1810 : *ibid.*, p. 608, col. 2.

⁹ Treilhard, ministre d'État, au Corps législatif, 2 février 1810 : « Les intentions philanthropiques de l'Assemblée constituante, quand elle rejeta la confiscation et la marque, étaient certainement louables ; mais, ne craignons pas de le dire, cette assemblée a trop souvent considéré les hommes, non tels qu'ils sont, mais tels qu'il serait à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un espoir de perfectibilité qui malheureusement ne se réalise pas ; et si, dans le mouvement rapide qui l'entraînait, cette erreur fut excusable, nous ne le serions pas, nous, qui, éclairés par l'expérience » etc. (*ibid.*, p. 290, col. 1-2).

¹⁰ Réal au Corps législatif, 12 février 1810 : *ibid.*, p. 559, col. 1.

¹¹ Voir sur ce point les pages nourries de S. Solimano, Verso il code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799), Milan, A. Giuffrè Ed., 1998, p. 148-157 et 225-229. – Sur Nicolas Oudart, né fin 1750, notre savant collègue a découvert des indications biographiques fragmentaires (p. 148, note 138), et d'autant plus précieuses. Oudart, notamment,

déjà contient l'essentiel de 1808 et 1810¹. Le pessimisme, observe-t-on, est déclinable à deux degrés. Côté Target on *bestialise* le *criminel* et son milieu ; côté Oudart on se *défie* des *honnêtes gens*.

Nicolas Oudart ? Traitant des *jurés*, d'une certaine manière il « règle des comptes » : en haut magistrat. Non sans politesse. Leur mise en place, dit-il ? « une des plus belles productions du dix-huitième siècle »². Compliment pour la forme. Car le constat est là. L'irénique présomption que des gens ordinaires au cœur pur rendraient mieux la justice criminelle que des juges déformés par le droit, la présomption – au minimum – est inversée. Les jurés virtuels présélectionnés ? À l'en croire, « beaucoup plus de mauvais que de bons »³. Et si à l'occasion il révère leur « droiture », il est trop clair qu'il faut traduire ici *candeur*⁴. Ce qu'on reproche, à ces braves gens ? D'être carencés psychologiquement, intellectuellement... D'ignorer le droit ; on pouvait s'y attendre : c'était *étudié pour* ; mais parfois c'est fâcheux⁵ ; fréquemment, note Oudart, euphémique, « les juges, pour se conformer à la loi, se servent d'expressions qui ne sont pas dans le dictionnaire de tous les jurés »⁶... D'être perméables aux pressions locales... D'ignorer, d'aventure, le français : il faut parfois leur expliquer « provocation », « volontairement », « préméditer » ; des quiproquos ont entraîné quelques désastres judiciaires⁷. Et puis, également, d'être trop « sensibles » : ne leur advient-il pas de nier des faits constants dans la vue d'esquiver l'automatisme de sanctions qu'ils estiment trop sévères⁸ ? Il en procède de scandaleuses impunités, sans parler des gênantes distorsions territoriales de la jurisprudence criminelle⁹.

La logique du jury, dans l'esprit premier du législateur, c'étaient les justes noces du bon sens populaire et de l'évidence des situations. Or trop fréquemment les jurés, en fait, se sont empêtrés dans l'inextricable¹⁰. La loi de 1791 interdisait qu'on leur posât des questions complexes : chose assez importante (et sans doute utopique) pour qu'en l'an III l'interdiction fût

a été « commissaire des vainqueurs de la Bastille », puis président du tribunal criminel de Paris à partir de février 1793.

¹ Voir B. Schnapper, « Compression et répression sous le Consulat et l'Empire », dans *Revue historique de Droit français et étranger*, vol. 69, 1991/1, p. 17-40.

² Locré, éd., *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et Compléments des codes français*, t. 25, Paris, Treuttel et Würtz, 1831, p. 21.

³ Ibidem, p. 25.

⁴ Ibidem, p. 36.

⁵ Ibidem, p. 30. *N'arrive-t-il pas qu'interrogés, ils disent au juge : si le problème se posait dans nos propres affaires, ce sont des gens comme vous que nous consulterions...*

⁶ Ibidem, p. 34.

⁷ Cf. ibidem, p. 34-35. *La tentative « manifestée par des actes extérieurs » étant assimilée au crime, un jury aurait nié l'existence de ceux-ci parce qu'ils avaient eu lieu... à l'intérieur d'une maison...*

⁸ Ibidem, 33-35 ; p. 34 : « un tel résultat [...] est arrivé dans des circonstances si éclatantes, qu'enfin il faut qu'il n'arrive plus ».

⁹ Ibidem, p. 9.

¹⁰ Ibidem, p. 28-31.

constitutionnalisation¹. Le code pénal de l'an IV répète le principe, dans un article libellé solennellement en italique². Mais ce beau précepte simplificateur, qui conduisait en certains cas à diviser à l'infini le questionnement (certains procès nécessita six mille questions), compliquait tout. Un magistrat professionnel s'y fût perdu ; a fortiori, de simples jurés³, ipso facto poussés à « des déclarations incohérentes ou contradictoires »⁴. Couronnant l'affaire, la « question intentionnelle » posée spécifiquement, rendue systématique par la loi du 14 vendémiaire an III⁵, en compliquant trop volontiers des données simples, a suscité parfois l'errance, l'aberration⁶ : tel faux-monnayeur avéré n'a-t-il pas été acquitté, faute d'une intention dûment établie de « nuire à autrui »⁷ ? Dérive absurde d'une logique irréaliste qui par principe et théorie, tout au contraire, ... niait l'importance de l'intention – voir Beccaria et les Lumières⁸ !

Le jury, pour tout dire, n'a donc pas fait ses preuves. Le supprimer ? On n'osera pas. Mais constamment on a œuvré à rétrécir son envergure – pour faire de la place aux « juges éclairés », dit Cambacérès⁹ : c'est un pléonasme. Une loi de 1806 soustrait-elle aux cours ordinaires la connaissance des menaces d'incendie ? « Des juges courageux, indépendants par état et par caractère, entend-on dans le rapport, peuvent seuls porter, dans ces sortes de matières, des jugements sains et dégagés de tous sentiments contraires à ceux qu'inspirent la conscience et le devoir »¹⁰. Au bout du compte, on escamote le jury d'accusation, et sévèrement on sélectionne (critère social) le « vivier » des jurés de jugement. Le conseiller d'État Ségur dira qu' « on a sagement préféré une réforme salutaire à une abolition dangereuse »¹¹.

Pessimisme sur l'homme ?... Le volet, maintenant, *bestialisation de l'homme criminel*, comme des bas-fonds criminogènes en général. Qu'y observe Target ? Des « hommes grossiers », « des âmes dures, sèches, farouches, dénuées d'idées morales », en proie exclusivement à « leurs grossières sensations », une « lie » populacière, une « race abâtardie », « des

¹ Art. 250 de la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) : « Les juges ne peuvent proposer aux jurés aucune question complexe ».

² Art. 377 du « code des délits et des peines » (dû à Merlin de Douai ; un titre « beccarien » ?), 3 brumaire an IV, 25 octobre 1795, Bulletin des Lois n° 204, [p. 1-152], p. 72 : « Il ne peut être posé aucune question complexe. (Article 250 de l'acte constitutionnel.) »

³ Faure au Corps législatif, 29 novembre 1808 : Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 176, col. 2.

⁴ Riboud au Corps législatif, 9 décembre 1808 : ibid., p. 236, col. 1 : « confusion », « inadvertances », « équivoques », « suites fâcheuses »...

⁵ « Loi portant que la question relative à l'intention sera posée à l'avenir dans toutes les affaires soumises à des jurés de jugements », 14 vendémiaire an III, 5 octobre 1794 : Bulletin des Lois n° 87, p. 2-3 ; voir le Moniteur n° 17, 17 vendémiaire, 8 octobre, p. 82, col. 1-2.

⁶ Oudart, citant Grangier, in Locré, t. 25, p. 35-36.

⁷ Le conseiller d'État Faure au Corps législatif, 29 novembre 1808 : Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 177, col. 1.

⁸ Cf. supra, appels des notes 21 et antérieures.

⁹ Cambacérès au Conseil d'État, 5 juillet 1808 (Locré, t. 25).

¹⁰ Bertrand de Greuille au Corps législatif, 12 mai 1806 : Arch. parlem., 2^e série, t. 9, p. 425, col. 1.

¹¹ Ségur au Corps législatif, 31 décembre 1808 : ibid., t. 10, p. 265, col. 1.

malfaiteurs atroces, qui n'ont que la figure humaine »¹. On l'a dit avant lui : « un loup enragé, dont il faut débarrasser la société »². On le dira après : « des bêtes féroces, déguisées en hommes »³... Les « théories » diversement humanitaires, autrement dit, ont fait leur temps – thème désormais répétitif. Y compris les droits de l'homme, que voilà rejetés de tout le monde, républicains inclus⁴ ! Un Portalis ne blâme-t-il pas comme sophistiques « toutes les fausses doctrines qui, dès le début de la Révolution, avaient été consignées dans une déclaration solennelle *connue sous le nom de* déclaration des droits »⁵ ? *Toutes les fausses doctrines* !... En matière criminelle, il s'agit désormais, nous dit-on, de « répandre une terreur salutaire », d' « épouvanter le crime et rassurer les citoyens » (« une terreur salutaire » : c'est ce que vise l'empereur stratège lorsqu'il prescrit de terribles représailles sur les populations civiles⁶). Bref, « à des calamités présentes, il faut opposer des remèdes rapides », qu'inspire trop « l'expérience de la perversité humaine »⁷. Réhabilitation ? L'idée, forcément, a du plomb dans l'aile. Target ironisera : « C'est une théorie séduisante, mais vaine, qu'il faut reléguer dans le monde imaginaire, dont les âmes simples et pures aiment quelquefois à s'environner »⁸. La maintient-on, résiduellement, pour le principe ? Le même fait mine de s'attendrir : « Si ce n'est là [...] qu'une douce chimère, l'idée en est belle à consacrer par la loi »⁹. Place aux choses sérieuses, au *tout répressif*.

À l'ordre du jour ? Un démantèlement du droit initial... Un retour en fanfare de la *perpétuité*: la peine de *prison* ne culminera plus à vingt-quatre années... ce qui répond ipso facto à un souci – maintenant global – de *gradation* des peines, qui avait manqué chez les constituants. Plus de

¹ Target, in Locré, *Législation...*, op. cit., t. 29, Paris, 1831, p. 10 et 11.

² Siméon au Conseil des Cinq-Cents, 18 germinal an V, 7 avril 1797 : *Moniteur* n° 212, 22 germinal, 11 avril, p. 809, col. 2.

³ Réal au Corps législatif, 5 décembre 1808: Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 203, col. 2.

⁴ Nous nous permettons de renvoyer à notre analyse « Le code civil à sa naissance et les Droits de l'homme », dans J.-L. Chabot, P. Didier, J. Ferrand, eds, *Le code civil et les Droits de l'Homme, Actes du Colloque de Grenoble (décembre 2003)*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 107-116.

⁵ Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'Esprit philosophique durant le XVIII^e siècle (écr. 1798-1800 ; publ. 1820, 1827)*, 2 vol. Paris, Moutardier, 1834, t. 2, p. 387. Seule l'expression *déclaration des droits* est soulignée dans l'original. Cf. aussi p. 308 : « Si l'on n'eût point abandonné l'observation et l'expérience, on ne se fût jamais livré à d'aussi vaines théories ».

⁶ Les illustrations seraient nombreuses, et éloquentes. À titre d'exemple, Napoléon à Eugène, vice-roi d'Italie, 28 juin 1806 : pour calmer les Monténégrins, il leur faut « port[er] la terreur dans l'âme, il faut ravager leur territoire, brûler leurs maisons, et leur imprimer, par de terribles exemples, une terreur salutaire » (Napoléon Bonaparte, *Correspondance générale* [7 vol. parus], t. 6 [M. Kerautret, dir. scient.], Paris, Fayard, 2009, p. 563).

⁷ Target, in Locré, t. 29, p. 7.

⁸ Target, *ibid.*, p. 16. Juste auparavant : « nos premiers législateurs » avaient été fourvoyés par « [u]ne idée de perfectibilité, rarement applicable aux hommes en général, plus rarement encore aux âmes qui se sont altérées dans le crime, presque chimérique pour celles qui se sont souillées de crimes atroces, ou dont la profonde corruption s'est manifestée par des récidives ».

⁹ *Ibidem*, p. 18 : elle sera envisageable après vingt-cinq années de déportation... La « belle idée morale de la réhabilitation » (p. 22) ? Ironie cruelle : « Ne dût-elle avoir d'application qu'une ou deux fois par siècle (sic), [...] la moindre utilité d'une institution qui ne peut pas nuire, suffit pour la conserver » (p. 35).

perpétuité ? c'est tout aussi bien l'amplification de la *peine de mort*, dont l'image, dit-on, est propre à frapper les êtres « grossiers » ; celle des *travaux forcés*, décrète ici Target, n' « ébranle » pas si fort leurs « fibres grossières »¹. Simplement annonce-t-il, aux fins d'équilibrage de la peine capitale, un retour au *droit de grâce*², lequel refait surface constitutionnellement dès août 1802, – un gibier *royal* dans la carnassière du premier consul³, « un acte de clémence », dira-t-on somptueusement sous l'empire, « qui ne peut émaner que du prince, source de toutes les grâces »⁴.

Revient, en outre, un fort symbole du droit ancien, qui implique aussi la perpétuité, mais qui surtout donne consistance à une image de l'homme *bétail* : la *flétrissure*, pour crimes de faux, ou incendies, et récidives... Écoutons Target (les huit premiers mots sont pleins d'intérêt) : « Un sentiment vague de la dignité de l'homme inspire de la répugnance pour ce châtiment, qui signale la personne d'une empreinte d'esclavage et d'ignominie, destinée à être ineffaçable » ; à quoi s'opposent résolument, dans son esprit, les évidentes *utilités* de cette pratique, et l'argument fort cavalier que « la réhabilitation », dont il se moque, « serait d'autant plus honorable, qu'elle succéderait à un plus profond abaissement »⁵.

Alors, une question, un peu saugrenue : 1808, 1810 font-ils rupture avec le code des constituants, et les Lumières, et Beccaria ? L'évidence dit *oui* ? Elle va un peu vite. Faut-il le rappeler ? Des points majeurs demeurent acquis : la légalité des peines, l'égalité pénale des citoyens... ; disons même plus : côté perpétuité et gradation des peines (les deux sont liés), 1810 est plus fidèle à Beccaria que 1791. Tout cela est connu ? Mais il y a plus, et plus délicat, car philosophique, ce qu'essaiera de suggérer un dernier point.

B. Un essai global d'interprétation.

Valeur suprême, pour les Lumières ? L'*utilité*. Les mots décisifs, en 1791 ? *Efficacité, exemplarité*. Or, de Thermidor à 1810, quelle intention pénale ? *Efficacité, exemplarité*. Sous les apparences, où est la rupture ?... La sévérité consulaire veut des peines « aussi douces qu'il sera *possible* », et refuse les « rigueurs *inutiles* »⁶ : c'est tout bonnement du Beccaria, sous la réserve, évidemment, que les curseurs et du possible et de l'utile peuvent bien glisser avec le temps... « Soyons humains, entend-on dès la Convention thermidorienne, autant que les circonstances peuvent le souffrir, ou plutôt

¹ Target, rapport sur le projet de code criminel, fin 1801 : *ibid.*, p. 10-11. Foin des « vagues théories » : « Les sociétés auxquelles on donne des lois doivent être considérées telles qu'elles sont, et non telles qu'elles pourraient être » (p. 9).

² Target, *ibidem.*, p. 12-14.

³ Art. 86 du sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802). Cette résurgence n'est pas furtive. L'article en cause est le dernier, et constitue l'unique disposition du Titre X final, expressément intitulé « Droit de faire grâce ».

⁴ Le conseiller d'État Faure au Corps législatif, 10 février 1810 : Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 556, col. 2.

⁵ Target, in Locré, t. 29, p. 22 et 23.

⁶ Respectivement Target, *ibid.*, p. 7, et Leroy au Tribunal, 12 nivôse an X, 2 janvier 1802 : Arch. parlem., 2^e série, t. 3, p. 374, col. 2.

autant qu'elles nous ordonnent de l'être »¹. C'est assez clair. Parfois l'on enseigne que 1791, c'est l'humanisme de Beccaria, et 1810 l'utilitarisme de Bentham. Or de qui se réclame Beccaria ? D'Helvétius. De qui Bentham se prévaut-il expressément ? De Beccaria... et d'Helvétius²... Disons plus. La formule benthamienne *le plus de bonheur possible pour le plus grand nombre*, non seulement n'est pas de Bentham (elle est de Hutcheson) mais plus encore elle est citée par Beccaria, *en italique*, dès l'ouverture de son traité³ ! À la vérité donc, des Lumières à l'Empire, un socle unique, l'*utilité*, laquelle un jour disqualifie certaines rigueurs, et un autre jour très prosaïquement les remet en selle.

Le code des constituants était moins répressif ? Mais il était conçu – on ne manque pas de le rappeler après Brumaire – en vue d'une société *mécaniquement* heureuse, donc criminogène accidentellement⁴. Utopie banale qui, réalisée, banalement aussi produit son contraire... La délinquance connaît sous peu une progression exponentielle. Le banditisme se déchaîne sous le Directoire, et les « chauffeurs » qui prolifèrent font dire que la *torture*, déposée par la loi, se trouve *relevée*, d'une certaine manière, par les malfaiteurs⁵. Pour endiguer un tel « torrent dévastateur »⁶, pour assurer dans défaillir l'efficacité, l'exemplarité, tout simplement il faut revenir à du sérieux, à des supplices. Beccaria parle d'« inutiles cruautés », de « stérile barbarie », le législateur révolutionnaire, de « supplices stérilement barbares » : les adjectifs, l'adverbe, en vérité sont des variables conjoncturelles, et ça change tout.

Exit, au passage, la philanthropie. Sauf à carrément la juger « cruelle »⁷, voilà maintenant qu'à son sujet l'on ironise. À l'ordinaire, on prend des gants⁸ ! Mais elle n'est pas un bon moteur législatif : on l'a trop vu.

¹ Fréron à la Convention, 17 germinal an III, 6 avril 1795 : Moniteur, n° 200, 20 germinal, 9 avril, p. 315, col. 3.

² Cf. notre Mythologie du code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, p. 305-306 et 314.

³ Beccaria, Des Délits et des Peines (1764), Introduction, éd. citée, p. 7 (« la massima felicità divisa nel maggior numero »).

⁴ Le conseiller d'État Régnier au Corps législatif, à propos de la marque, 3 nivôse an X, 24 décembre 1801 : les législateurs de 1791 « se flattaient alors qu'à l'avenir les crimes seraient moins fréquents, et d'après cette supposition honorable pour l'espèce humaine, ils avaient pu pouvoir se livrer à ce penchant si doux qui » etc. (Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 236, col. 2). Cf. supra, appels des notes 53 et 54.

⁵ Siméon au Conseil des Cinq-Cents, 18 germinal an V, 7 avril 1797 : « Ainsi un moyen que la justice employait autrefois contre le crime [...], ce moyen que l'humanité a justement proscrit malgré son utilité, le crime lui-même l'a saisi » (Moniteur n° 201, 21 germinal, 10 avril, p. 806, col. 3).

⁶ Régnier, référence de l'avant-dernière note.

⁷ Les promoteurs du code de 1791 ? « des hommes inexpérimentés, des hommes animés d'une philanthropie cruelle » (Réal au Corps législatif, 5 décembre 1808, qui évoque aussi une « pitié cruelle », et veut insister sur cette « cruauté » : Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 200, col. 1)

⁸ Exemple de précaution verbale : l'Assemblée constituante, « à qui ses principes de philanthropie feront éternellement honneur, quoique on ne puisse pas toujours approuver l'usage qu'elle en a fait »... (Louvet au Corps législatif, 19 février 1810 : ibid., t. 10, p. 610, col. 1).

La constituante, affirme-t-on, a été « philanthrope en pure perte »¹ – et tout est dit là. « C'est humanité de punir un criminel », allèguera même Napoléon en Conseil d'État, non sans tourner en ridicule ce qu'il appelle « l'humanité des Italiens »² – une allusion trop évidente à Beccaria. Lui-même s'était intéressé à cet auteur. En mai 1789, alors que s'enclenche la Révolution, de quoi est-il curieux ? Du code pénal très « beccarien » de la Toscane. Joseph s'y trouve ; Napoléon supplie : « Parle-moi du code criminel. Je suis bien curieux d'en connaître les détails. Analyse-moi les principes sur lesquels il est fondé. N'y manque pas *je t'en prie* » (« je t'en prie » souligné *par deux fois*)³.

Il en est revenu ? Mais est-ce de si loin ? L' « humanité » dès l'origine, en cette affaire, prête à soupçon. La peine de la « gêne », qu'ont instaurée les constituants, – *isolement sans faille* au fil des années dans une maison de force⁴, jusqu'à parfois vingt ans, – cette peine est-elle « humaine » ? « Nous avouerons, dit poliment Treilhard, que nous n'avons pas reconnu dans cette occasion les sentiments philanthropiques de l'Assemblée constituante »⁵. Une « torture prolongée », surenchérit un orateur autorisé⁶. Un « supplice de tous les moments », dit un autre, un « tombeau » où l'on est « enseveli vivant »⁷. Remontons plus haut. Lorsque Beccaria vante, contre la peine de mort, « le tourment d'un homme privé de liberté » et « transformé en bête de somme (*bestia di servizio*) » (car voilà l'idéal de progrès)⁸, indubitablement on est dans une ambiance de *bestialisation*. Ce qui n'empêche nullement Diderot d'identifier, chez cet auteur, un « fonds inépuisable d'humanité »⁹. Étrange « humanité ». Qu'est-elle exactement, lorsque Voltaire, par un jour d'humeur abolitionniste, suggère que l'incendiaire, au lieu d'être brûlé, soit toute sa vie « chargé de chaînes et de coups de fouet »¹⁰ ? Quant à Marmontel, autre humaniste des Lumières, c'est ainsi qu'il approuve Beccaria : « Un dur et cruel esclavage est donc une peine préférable à la peine

¹ Elle l'a été en supprimant le droit d'aubaine ; Boissy d'Anglas au Tribunal, 29 frimaire an X, 15 décembre 1801 : *ibid.*, t. 3, p. 196, col. 2.

² Napoléon au Conseil d'État, 23 prairial an XII, 12 juin 1804 : J. Massin, éd., Napoléon Bonaparte. L'Œuvre et l'Histoire, 12 vol., Paris, 1969-1971, t. 7 (1970), p. 292. « La société a besoin d'une justice rigoureuse ; c'est là l'humanité d'État, l'autre est l'humanité d'opéra » (p. 293)

³ Napoléon âgé de vingt ans à Joseph, mai 1789 : dans Napoléon, Correspondance..., op. cit., t. 1 (T. Lentz, dir. scient.), Paris, Fayard, 2004, p. 73. Sur le code criminel de Toscane, voir la contribution du Professeur Solimano au présent volume.

⁴ code pénal de 1791, I^{re} Partie, Titre I^{er}, art. 13 à 19.

⁵ Treilhard au Corps législatif, 2 février 1810 : Arch. parlem., 2^e série, t. 10, p. 292, col. 1.

⁶ Dhaubersart, président de la commission de législation civile et criminelle, au Corps législatif, 12 février 1810 : *ibid.*, p. 568, col. 1.

⁷ Son collègue Riboud, le lendemain : *ibid.*, p. 575, col. 2.

⁸ Beccaria, Des Délits et des Peines, § XXVIII, éd. citée, p. 49.

⁹ Diderot, « Les 'Recherches sur le style' de Beccaria » (1771), dans ses Œuvres complètes, publ. H. Dieckmann et J. Varloot, t. 20, Paris, Hermann, 1995, [p. 475-480], p. 476.

¹⁰ Voltaire, Prix de la Justice et de l'Humanité (Gazette de Berne, n° XIV, 15 février 1777), dans ses Œuvres complètes, t. 18, Paris, chez Lefèvre et Deterville, 1818, [p. 204-272], p. 219.

de mort, *uniquement* parce que la peine en est plus efficace »¹. Une « humanité » – en réalité – constamment *plombée d'utilitarisme*.

Faut-il le redire ? Le solide, le sérieux, ce n'est pas l' « *humanisme* », c'est l'*anthropologie*, celle, vers 1800, des « idéologues », réunis chez la veuve d'Helvétius à Auteuil, – cet Helvétius dont Beccaria tenait à dire : « *C'est lui qui m'a poussé avec force dans le chemin de la vérité* ». L'abbé Morellet, son traducteur, a eu longtemps son pied-à-terre chez Mme Helvétius, où Bonaparte a fréquenté avant Brumaire. Leur science de l'homme ? La même, toujours : le *tout sensation*, l'absence de libre arbitre, et de frontière entre homme et bête... C'est du Diderot (déjà cité), et du d'Holbach, ou du Voltaire, qui par exemple professait : « Le peuple est entre l'homme et la bête », ou qui plaçait les Africains (c'est trop connu) quelque part entre l'homme et le singe (les blancs « sont supérieurs à ces nègres, comme les nègres le sont aux singes, et comme les singes le sont aux huîtres »²), bref, prisait peu, en général, « [l]a multitude des bêtes brutes appelées *hommes* »³.

Disons davantage. En lisant Target sur le droit pénal, on croirait Voltaire – le vrai Voltaire, lorsqu'il se livre à ses intimes. La *marque*, approuve Target, est de ces « châtiments qui font la plus vive impression sur des hommes grossiers »⁴. « Il faut, disait Voltaire quelque trente ans plus tôt, un châtiment qui fasse impression sur ces têtes de buffles »⁵. Les auteurs de crimes « féroces ou grossiers », expliquait Target, « ne sont guère sensibles à d'autres châtiments que les maux physiques »⁶. Pour ces cas-là, disait Voltaire, « il faut une mort dont l'appareil soit effroyable ». Et d'ajouter, pour dissiper toute équivoque : « J'aurais condamné sans regrets Ravailiac à être écartelé »⁷.

* * *

Quelques mots d'épilogue... L' « humanisme » réel de Voltaire ? À peu de chose près, c'est bien celui de 1800-1810. La résurgence de l'esclavage (1802) ? Voltaire s'en fût accommodé, on le sait trop... Les carnages militaires ? Il en a approuvés, avec une hystérie quasi pathologique ; son idole Catherine combattait les Turcs ; des mois durant, il a guetté en salivant les statistiques des hécatombes, et craint la paix... Napoléon fit enfermer des

¹ « *Notes sur le Traité des Délits et des Peines* », faussement attribué à Diderot : dans Diderot, Œuvres complètes, t. 20, op. cit., [p. 421-426], p. 426. Sur l'attribution de ce texte à Marmontel, voir p. 400.

² Voltaire, *Traité de Métaphysique* [1734], cité de seconde main d'après L. Poliakov, *Le Mythe aryen. Essai sur les sources du racisme et des nationalismes*, Paris, Calmann-Lévy, 1971, p. 174.

³ Voltaire, *Questions sur l'Encyclopédie* (7^e partie, 1771), dans ses Œuvres, publ. Beuchot, t. 30, Paris, 1829, p. 249, mot souligné dans l'original.

⁴ Target, *rapport sur le projet de code criminel de 1801* : Loqué, *La Législation...*, op. cit., t. 25, p. 23.

⁵ Voltaire à Catherine II, à propos de la populace de Moscou (qu'ailleurs il faut « *emmuser comme des ours* »), 18 novembre 1771 : Best., D 17455, t. 37, Banbury, 1974, p. 67.

⁶ Target, loc. cit., p. 21.

⁷ Voltaire, 28 décembre 1770, lettre citée supra, note 39. Faut-il rappeler que le susdit écartèlement a été corsé par des tortures préliminaires d'un raffinement hallucinant ?

écrivains ? Voltaire aussi, positivement, en s'acharnant (c'est peu connu)¹. Son dernier mot à ce sujet ? « Nous avons besoin autrefois qu'on encourageât la littérature, et aujourd'hui il faut avouer que nous avons besoin qu'on la réprime »². Et n'allons pas penser qu'il pourrait s'agir là de travaux d'intérêt général : trop de « libellistes », a-t-il exprimé, sont positivement « dignes de la potence »³. Le rôle de prévention de la religion en matière criminelle, tel qu'on l'escompte du Concordat, et que l'énonçait simultanément un Chateaubriand⁴ ? C'est, en moins cynique, « du Voltaire » encore, lequel estimait : « [L]a populace est une bête féroce qu'il faut enchaîner par la crainte de la potence et de l'enfer »⁵ ; on était là dix ans *après* le traité de Beccaria : conception banalement voltairienne, et spontanément post-thermidorienne⁶, et, à l'évidence, assez strictement napoléonienne.

Sans doute faut-il donc *relativiser*. Target, organe énergique des rigueurs pénales *d'après* 1800, avait été – on l'oublierait – du comité criminel de la Constituante. C'est même lui qui, avec Adrien Duport, avait rédigé certains articles de la Déclaration de 1789 bourrés de garanties pénales. Peu avant, qui plus est, n'avait-il pas été l'avocat prestigieux de grandes causes des Lumières⁷ ? Il advint d'ailleurs qu'il y jouxte Voltaire, lequel lui marqua en termes vibrants son admiration⁸. Voltaire et Target sont culturellement de la même étoffe. N'est-il pas normal que celui-ci énonce tout haut sous Bonaparte, relativement aux « hommes grossiers » et aux supplices qui leur conviennent, ce que celui-là répétait tout bas trente années plus tôt quant aux « têtes de buffles », quitte à chanter des mélodies très différentes, pour la galerie⁹ ?

¹ Sur ces divers thèmes, beaucoup de faits et citations référencées, dans notre Voltaire méconnu..., op. cit.

² Voltaire au duc de Richelieu, 13 juillet 1772 : Best., D 17826, t. 38, Banbury, 1975, p. 458.

³ Voltaire, rubrique « Quisquis, Langleviel. Avec quelques observations utiles sur les persécuteurs, les calomniateurs, et les feseurs de libelles », dans ses Questions sur l'Encyclopédie (9^e partie, 1772), in ses Œuvres, publ. Beuchot, t. 32, Paris, 1829, [p. 61-84], p. 80.

⁴ Chateaubriand, Génie du Christianisme ou Beauté de la Religion chrétienne (1802), IV^e partie, Livre 6, chap. 13, Coll. Pléiade, Paris, Gallimard, 1978 : « Détruisez le culte évangélique, il vous faudra dans chaque village une police, des prisons et des bourreaux ».

⁵ Note marginale de la main de Voltaire dans un ouvrage de 1774 : cité d'après R. Mortier, « Voltaire et le peuple », dans R. Mortier, Le Cœur et la Raison. Recueil d'études sur le dix-huitième siècle, préf. R. Pomeau, Oxford-Bruxelles-Paris, 1990, [p. 89-103], p. 100, Note 30.

⁶ Remarque de frimaire an VI, octobre ou novembre 2797, du républicain L.-S. Mercier, dans son Nouveau Paris (1800), Paris, 1994, p. 857 : « Tout nécessite dans la refonte du code criminel des mesures plus répressives, plus fermes, plus vigoureuses ; car la perversité humaine, en secouant le frein religieux, s'est montrée sous un jour plus terrible et plus effrayant ».

⁷ Voir notre Mythologie du code Napoléon..., op. cit., p. 289-291.

⁸ Voltaire à Target, février 1767 (?) : Best., D 13964, t. 31, Banbury, 1974, p. 357, sans doute à propos de l'affaire Sirven..

⁹ De même Merlin de Douai, ci-devant « avocat des Lumières », après avoir soutenu les principes pénaux révolutionnaires, se montre-t-il sous l'Empire « simple utilitariste », exclusivement préoccupé de l'« efficacité de la peine » : H. Leuwers, Un Juriste en Politique. Merlin de Douai, Arras, Artois Presses Université, 1996, p. 265, juge à tort « troublante » cette « évolution ».

C'est dire assez qu'il ne faut pas exagérer, induite par les hasards de la Révolution, la mutation de l'optimisme – *superficiel*, redisons-le – en pessimisme. Beccaria, à qui le juriste Bernardi fait reproche, en 1801, d'avoir propagé « une dangereuse sensibilité »¹, n'y est pas réellement pour grand-chose. Son propos ordinaire est *technique*, et son penchant pour l'homme n'incline guère à l'excès. Un lecteur familier de Voltaire, dont on sait qu'il aime tant à rappeler que « [l]e vulgaire ne mérite pas qu'on pense à l'éclairer »², n'est guère dépaysé lorsque d'entrée de jeu le marquis milanais s'emploie à l'avertir que son écriture tiendra à distance « le vulgaire non éclairé » (*uno stilo che allontana il volgo non illuminato*)³. Un familier de Bonaparte, naturellement, pas davantage dépaysé par ce propos⁴. Beccaria, Voltaire, Target, Bonaparte : aucun d'eux quatre n'est suspect d'un penchant à confondre « les esprits supérieurs » et « l'esprit grossier du vulgaire » (*rozze menti volgari*)⁵. Sur cet esprit grossier, Beccaria tient que l'idée d'une lourde peine inhumainement interminable (« dans les fers et les chaînes, sous le bâton et sous le joug, dans une cage de fer »⁶) fait plus d'effet que l'instantané de la peine de mort ; Voltaire viscéralement, Target et Bonaparte au moins à l'expérience, estiment l'inverse. Pour l'essentiel, là est l'unique dissentiment. Les codifications napoléoniennes prennent consistance sur l'arrière-fond très pessimiste d'une logique de type « hobbesien »⁷, de courbure forcément répressive. Or l'état de nature façon Beccaria (que de grandes plumes disent rousseauiste !) est purement hobbesien – c'est dans la deuxième phrase de son § I : « un état de guerre continu (*un continuo stato di guerra*) » et « une liberté rendue inutile par l'incertitude de la conserver »⁸. Voltaire, au demeurant, s'exprime à l'identique : « N'est-ce pas Hobbes qui a dit que l'homme était né dans un état de guerre ? Je suis fâché que cet Hobbes ait raison »⁹. Le dossier n'est-il pas cohérent ? Le fil conducteur anthropologique ne suffit pas sans doute à tout élucider, mais à sa mesure, peut-on estimer, il a quelque chose d'opérationnel.

¹ J.-D.-E. de Bernardi, Nouvelle Théorie des Lois civiles, où l'on donne le plan d'un système général de jurisprudence et la notice des codes les plus fameux, Paris, 1801, p. 189-190, citée de seconde main d'après S. Solimano, Verso il code Napoléon..., op. cit., p. 150.

² Voltaire à Mme de Bentinck, 23 juin 1752 (?) : Best., D 4921, t. 13, Genève, 1971, p. 86.

³ Beccaria, Des Délits et des Peines (1764), avis au lecteur édition citée, p. 3

⁴ « La littérature, disait-il [p. ex.], devenait une nourriture du peuple, lorsqu'elle eût dû demeurer celle des gens délicats » (Las Cases, Mémorial de Sainte-Hélène [1823], Paris, Seuil, 1968, p. 445, col. 2, à la date du 28 août 1816).

⁵ Beccaria, loc. cit., § XIX, p. 38.

⁶ Ibidem, § XXVIII, p. 50.

⁷ Voir notre Mythologie du code Napoléon..., op. cit., p. 31-59.

⁸ Beccaria, loc. cit., § I, p. 8. mais son pacte social ne sacrifie qu'« une partie » de la liberté naturelle. – à Palissot,

⁹ Voltaire à Palissot, 11 août 1764 : Best., D 12045, t. 28, Banbury, 1973, p. 67. Contrairement à ce qu'on croit encore, la logique de Hobbes est plus que présente chez nos « philosophes » : Y. Glaziou, Hobbes en France au XVIII^e siècle, Paris, P.U.F., 1993.

DE 1810 À 2010 : LE CODE DE 1810 EN MOUVEMENT

Yves JEANCLOS,
professeur à l'Université de Strasbourg

200 ans permettent aux juristes de saisir le mouvement du *code pénal* institué en 1810, déployé aux XIX^e et XX^e siècles, complété progressivement jusqu'en 2010, au XXI^e siècle, 200 ans peuvent paraître une longue période pour mesurer la dimension historique du droit et apprécier la transformation de la société française moderne. En réalité, 200 ans sont une temporalité très réduite à l'échelle de l'évolution de l'humanité. En tirant une corde virtuelle entre le *code pénal de 1810* et son succédané le *code pénal de 1994*, jusqu'à 2010, ces deux siècles permettent de saisir des modifications d'orientation mais non pas des transformations fondamentales du droit criminel et pénal. Elles permettent cependant de constater l'approche pénale au XXI^e siècle, plus tournée vers la réinsertion sociale du condamné et l'apaisement de la victime, que vers la satisfaction de la victime et de l'Etat.

Les 200 dernières années correspondent à une longue période de développement politique, économique et technologique en Europe en général, en France en particulier. Elles permettent d'observer les progrès de l'humanité et en même temps le développement de la croissance et de la diversification des turpitudes humaines. Elles attendent la réaction juridique de l'autorité publique imposant une répression sévère, pour garantir la sécurité intérieure de l'Etat et maintenir la paix publique.

Les 200 dernières années permettent d'assister à la stratification des Etats et à la vigueur de leur structuration politique, militaire, administrative et judiciaire. Elles constatent la place centrale et régulatrice du droit criminel et pénal dans la constitution des Etats, à l'exemple de la *Constitutio criminalis Carolina* dans l'Empire germanique en 1532, avant son application en Amérique du Nord à la fin du XVIII^e siècle et en Europe au XIX^e siècle.

En Europe, les quarante dernières années du XVIII^e siècle sont riches en création juridique pénale, dans un esprit de synthèse des règles de droit pénal et de procédure criminelle. Elles livrent au public la *Constitutio criminalis Theresiana* en 1769, le code criminel de Toscane ou la Léopoldine en 1786 ou encore celui de Joseph II en Autriche en 1787, inspirés, comme celui de Russie, par des idées neuves de compréhension et de générosité à l'égard de l'humanité délinquante et souffrante. Elles reflètent les efforts politiques et juridiques de délimitation réciproque des droits politiques des Princes et des libertés individuelles des personnes. Elles facilitent l'institution

de règles répressives générales mais certaines, regroupées dans un corpus unique, à vocation d'annonce voire de semonce.

Le *code pénal français de 1810*, installé à la suite du *code d'Instruction Criminelle* de 1808, enserme l'espace de sécurité intérieure dans un filet juridique répressif. Il reflète la volonté du législateur sinon d'empêcher les crimes et les délits, du moins de fixer d'avance les règles qualifiant les infractions et sanctionnant leurs auteurs. Il donne jour à l'effectivité du principe de la légalité des délits et des peines- *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, 26 août 1789, article 7. Il installe la présomption d'innocence, instituée par la *Déclaration de Versailles du 1^{er} mai 1788*, au premier rang des principes protégeant tout accusé- *DDHC*, article 9. Le code pénal est avant tout l'héritier des textes du monde monarchique d'avant 1789 : l'*Ordonnance criminelle de 1670* sur la procédure, les Ordonnances, édits et déclarations égrainés depuis le XVI^e siècle pour qualifier et réprimer des crimes et délits spécifiques : l'empoisonnement en 1682, le vol en 1724 en particulier. Le *code pénal de 1810* a le très grand avantage de disposer d'un modèle trop longtemps ignoré et minoré, celui du *code pénal de 1791*. Il est véritablement le résultat des travaux convergents des juristes- praticiens et des jurisconsultes en action, présents sans discontinuer dans la Chancellerie, dans les prétoires et dans les assemblées représentatives au cours des cinquante dernières années, 1760/1810.

A l'instar de la plupart des textes rédigés après de longues périodes de concurrence et d'incertitude juridique, le *code pénal de 1810* est à la fois l'aboutissement du processus rédactionnel et le point de départ d'une nouvelle approche de la répression : la pénalité l'emporte sur la criminalité. Aussi n'est- il pas étonnant qu'à peine publié, il soit l'objet d'analyses, d'interrogations, voire de propositions de modifications. Le code pénal ne peut être un juste régulateur social, que s'il est en cohérence permanente avec les évolutions économiques, sociales et technologiques de la société civile. Il est sous le regard du législateur qui doit lui apporter les retouches juridiques nécessaires, pour le conforter dans sa mission d'annonce et de semonce des infractions et des sanctions.

Modifié par touches successives, selon la méthode picturale des impressionnistes, le *code pénal de 1810* perd peu à peu ses couleurs d'origine. Il doit, presque deux siècles plus tard, en 1994, être réévalué, reformaté, réformé dans une assez large mesure, sous l'effet des transformations des mœurs, de l'économie et des technologies. Le Nouveau *code pénal de 1994* reprend en partie des qualifications criminelles et des sanctions habituelles, tout en leur donnant une autre dimension. Il est le réceptacle d'une nouvelle approche de la société et le lieu de formulation d'une nouvelle conception de la répression et donc de celle de la peine, sous l'influence de théories nouvelles dont celle de la défense sociale. Il prend en considération la vénération des Droits de l'Homme, dynamisée par la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, de 1950,

réitérée par la *Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne* de 2000, pour libérer l'individu et le protéger dans son corps et dans son esprit.

Le législateur du XXI^e siècle adapte la pénalité à l'évolution de la criminalité, tant au plan national, qu'international. Il souligne la disparition des frontières juridiques pénales entre la sécurité intérieure et la sécurité extérieure de l'Etat. Il peut ainsi réprimer le terrorisme et les trafics d'êtres humains et de matières fissiles entre les mains de la grande criminalité. Il supprime la différenciation des règles pénales entre temps de guerre et temps de paix, au motif que la paix, au XXI^e siècle, est toujours porteuse de conflits et de guerres à venir. Il est évidemment à l'écoute des nouvelles technologies - en médecine, biologie, génétique, chimie, physique, astronautique et informatique, susceptibles de donner le jour à de nouveaux délits, qui doivent être réprimés avec fermeté et discernement.

Le XIX^e siècle accroît le code pénal par des règles nouvelles adaptées aux évolutions de la société politique, économique et technologique. Le XX^e siècle, après la fin de la Seconde Guerre mondiale, entraîne des mutations dans le champ de la criminalité et de la pénalité. Il incite le législateur à introduire de nouvelles incriminations pour saisir la diversité criminelle. Il le conduit également, sous la poussée de doctrines sociales et médicales, à s'apitoyer sur le sort du condamné qui rejoint bien étrangement, parfois de manière perverse, le camp des victimes. Le XXI^e siècle creuse encore plus le sillon de la resocialisation du condamné, voire celui du maintien du coupable dans la société. Il se tourne de plus en plus vers la permanence socio-économique du condamné et sa réformation en douceur. Il entraîne la Justice dans la voie nouvelle de la contractualisation des peines, produit d'un accord entre le juge et le coupable, réalisé parfois même avec l'agrément de la victime. Il met progressivement à mal l'idée enracinée de toute éternité de l'imposition des peines à un condamné, sans discussion, par un pouvoir judiciaire délégué aux hommes par le Souverain monarque ou démocrate. Il installe peu à peu une logique horizontale de justice négociée et privatisée, à la place d'une logique verticale de Justice publique imposée. Il marque, selon les appréciations différentes des analystes, soit un progrès, soit une dérive de la Justice publique.

Le législateur de 2010 définit les infractions et prescrit des sanctions déjà présentes dans la rédaction du *code pénal de 1810* puis de celui de 1994. Il apporte des modifications, voire des transformations à travers l'arsenal législatif des 200 dernières années et par celui de quelques 200 textes de lois, ordonnances et décrets édictés au cours des quinze dernières années, de 1994 à 2009. Il s'efforce de suivre les formes de délinquance et de criminalité toujours renouvelées, pour les réprimer avec des sanctions adaptées.

Pour tenter de donner une représentation chronologique de ces mutations criminelles et pénales, l'analyste doit vérifier les textes législatifs de modifications apparus au cours des 200 dernières années. Il constate en conséquence le nombre assez réduit de lois du XIX^e siècle et la faiblesse de celles de la première moitié du XX^e siècle. Il retient principalement la *loi du*

28 avril 1832 et la loi du 13 mai 1863. Il observe cependant avec étonnement la croissance exponentielle de la législation répressive en France, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle et en continuation au début du XXI^e siècle. Il reconnaît l'importance d'une *Ordonnance du 4 juin 1960* apportant de véritables modifications au *code pénal* venant du siècle passé. Il accepte les modifications au *code pénal* instituées par une loi du 15 juillet 1975, sur le droit pénal, une loi du 10 juin 1983, relative à la modification de certaines dispositions du *code pénal*, la loi du 9 mars 2004 portant « adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance, une loi du 10 août 2007 sur la récidive des majeurs et des mineurs, sans oublier la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes. Il comprend qu'une telle législation reflète les préoccupations de la société face aux mouvements de nouvelles criminalités et face aux modifications comportementales des acteurs de la vie sociale.

Le *code pénal de 1810* est en mouvement depuis cette date jusqu'à aujourd'hui, en 2010. Son histoire pourrait être réduite à la saisie d'une évolution chronologique du droit criminel et pénal, au demeurant fastidieuse et fort peu instructive. Il peut être plus utilement analysé dans sa dimension historique, c'est-à-dire dans une approche qui part de la législation et d'une interrogation d'aujourd'hui, pour rechercher les racines et les avatars des institutions de droit criminel et pénal. Son étude implique une grille de lecture qui choisit de dégager les lignes générales de l'évolution, plutôt que de s'appesantir sur chaque sorte de délit ou de sanction, de manière chronologique et fort peu dynamique.

Grâce à l'analyse des textes de droit pénal publiés et appliqués au cours des 200 dernières années, le juriste assiste à un mouvement double :

d'une part il constate une mise en question de la traditionnelle propension à sévir à l'encontre du coupable (I) ;

d'autre part il comprend la nouvelle orientation du droit de la répression, tournée vers des actions destinées à guérir le condamné (II).

I. Le sévir en question 1810- 2010

II. Le guérir en action 1810- 2010

PREMIÈRE PARTIE

LE SÉVIR EN QUESTION 1810/ 2010

Le *code pénal de 1810* est le régulateur social et juridique voulu par le pouvoir impérial autoritaire. Il ne diffère cependant que fort peu des dispositions établies dans le *code pénal de 1791* et perpétuées en partie dans le *code des délits et des peines de 1795*. Il manifeste une continuité d'approche par rapport aux élaborations juridiques des années 1789-1799, elles-mêmes agrippées aux avancées juridiques de la Chancellerie royale des années

1760/1788. Il est le résultat d'analyses doctrinales et de solutions pratiques dues à la plume des juristes – praticiens et des juristes au service de l'Etat-caméléon au cours des cinquante dernières années, de 1760 à 1810.

Le *code pénal de 1994* prend une nouvelle direction pour la protection des droits et des libertés individuelles. Il s'intéresse non seulement aux infractions de nature nationale mais également à des infractions transnationales, d'origine extérieure. Il fait face à des turpitudes humaines traditionnelles mais récemment criminalisées, discrètes mais odieuses- harcèlement sexuel et oral, blanchiment d'argent, cyberdélinquance. Il organise la lutte contre la criminalité transnationale portant atteinte à la sécurité intérieure des Etats de manière politique- le terrorisme internationaliste, ou de manière économique- les trafics d'êtres humains, de drogues, d'armes de haute technicité et de matières fissiles.

Depuis les dates de mise en œuvre des instruments légaux de répression, le législateur constate des inadaptations dans l'application des dispositions pénales. Il s'efforce de corriger les textes existants, voire d'en élaborer de nouveaux plus à même de répondre aux sollicitudes des criminels et des juges. Face à l'extension du domaine de la lutte contre la criminalité (A), les juristes proposent une évolution des modes de sanction (B).

A L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ

La protection pénale de l'individu contre toute forme de nuisibilité (1) conduit nécessairement à la mise en place d'une protection contre les nouvelles formes de nuisibilité (2).

1. La protection pénale de l'individu contre toute forme de nuisibilité

La répression législative générale de la nuisibilité : vers le principe- cadre de nuisibilité

Le législateur de 1789 pose l'axiome de départ dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*. Il affirme, article 4, que la liberté, premier droit naturel et imprescriptible de l'homme, « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il sous- entend que la liberté d'un homme s'arrête à partir du moment où il porte atteinte à la liberté d'un autre homme. Poursuivant la protection individuelle de la liberté et des autres droits de l'homme, à l'article 5, le législateur précise que la loi « n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Il proscrie de manière universelle toute action nuisible à l'homme, toute action qui lui porte tort et lui cause un dommage physique, moral ou matériel. Il ouvre largement l'espace de répression, puisqu'il ne définit pas le contenu de la nuisibilité. Il entend vraisemblablement par là toute action réalisée loin des yeux- *ne/ oculi*, de la victime, voire dans la nuit- *nox*, potentiellement susceptible de porter atteinte à un être humain. Il joue de l'image, qui signifie que l'auteur de l'infraction agit de manière dissimulée, secrète ou discrète, laissant la victime dans l'ignorance du mauvais coup qui va lui être porté. Il met en garde contre toute action dissimulée, considérée comme une action négative et dommageable à l'encontre de la victime. Il ouvre un champ d'action jusque là inexploité par

les juristes, celui du principe- cadre de nuisibilité. Le législateur de 1789, avec ce nouveau principe, offre aux législateurs du XXI^e siècle un réceptacle juridique aux dimensions extensibles, possiblement exploitable dans les analyses et interprétations du Conseil Constitutionnel. Il incite les juristes et les législateurs à accueillir et définir des actions nuisibles jusque là inconnues, pour leur attribuer des qualifications criminelles accompagnées de sanctions pénales. Il a la lucidité de ne pas enfermer ses successeurs dans un espace juridique étroit. Il fait montre d'ouverture d'esprit face aux inévitables transformations des sciences et des techniques à la fin du XVIII^e siècle. En créant ce principe- cadre de nuisibilité, le législateur peut accueillir de nombreuses qualifications infractionnelles postérieures, établies dans le sillage de la dangerosité de nouveaux comportements sociétaux.

La répression de la nuisibilité à travers les codes de droit pénal

Le *code pénal de 1791*, II, II, II aux articles 29, 35, 36, 37 et 41 s'intéresse à toutes les actions réalisées « à dessein de nuire à autrui ». Il identifie le comportement susceptible d'avoir guidé une personne sur le chemin de la délinquance. Il en souligne la nature intentionnelle destinée clairement à porter atteinte à autrui dans son corps, son âme ou ses biens. Il donne un contour spécifique à l'infraction, en précisant la caractéristique dolosive de l'intention criminelle. Il en renforce les traits : non seulement l'action dommageable est fondée et commise « volontairement, par malice ou vengeance », mais encore elle est organisée « à dessein de nuire à autrui ». Il dégage quatre éléments constitutifs de la nuisibilité : la volonté ou l'intention dolosive, la malice ou la démarche intellectuelle conduisant à l'action négative, la vengeance ou la soif d'opposition réactive, enfin le dessein de nuire, c'est- à- dire de porter tort à autrui. Il laisse le juge libre d'apprécier la nature et le degré de nocivité d'un criminel, en application de ces quatre critères.

Le *code des Délits et des Peines de 1795*, dans ses dispositions préliminaires, article 5, insiste à nouveau sur « les atteintes portées à l'ordre social ». Il offre au juge un cadre juridique répressif élargi utilisable en l'absence de dispositions spécifiques destinées à réprimer telle infraction particulière. Il pose l'ordre social comme seul critère d'appréciation de la nécessité et de la suffisance de la règle pénale. Il laisse à la sagacité du juge la définition de l'ordre social, qui évolue en fonction de l'environnement moral, politique et économique de la société. Il est tout à fait prêt à s'adapter aux évolutions et transformations de la délinquance et à instaurer de nouvelles peines, en conformité avec les aspirations sociales.

Le *code pénal de 1810*, pas plus que le *code pénal de 1994*, ne reprend aucune des formulations larges ouvrant sur des espaces de liberté pour le législateur. Il se contente de saisir les diverses infractions de nature criminelle, correctionnelle ou de simple police. Il inscrit les sanctions de nature carcérale et/ ou financière que le condamné doit acquitter, pour satisfaire la victime et l'autorité publique. Il considère certainement que la

disposition générale de la *DDHC* est suffisamment ouverte, pour ne pas être obligé de la rappeler dans un texte de droit strict.

Le législateur du XIX^e siècle est conduit à toiletter certaines dispositions pénales de 1810. Il retire, en 1832, des peines considérées comme relevant d'un autre temps- le carcan, la marque, l'ablation du poing. Le législateur ouvre également de nouvelles incriminations avec le développement des moyens de communication écrite de masse à la fin du XIX^e siècle- *loi du 29 juillet 1881* sur la liberté de la presse. Il réprime l'utilisation délictuelle des moyens de communication informatique au XX^e siècle- *loi du 5 janvier 1988* sur la fraude informatique, répression confirmée et développée par la *loi du 21 juin 2004* sur la confiance dans l'économie numérique. Il manifeste son adaptabilité à l'évolution des technologies d'innovation et de diffusion de la connaissance et de la pensée.

Le législateur prend en considération les évolutions des comportements sociaux pour supprimer certaines qualifications pénales devenues inadaptées. Il est conduit à dépénaliser l'homosexualité- *loi du 23 décembre 1980, code pénal, 1994, 222- 23*, et le crime d'avortement- *loi du 11 juillet 1975, code pénal, 1994, article 223-10*. De manière plus large, le législateur du XXI^e siècle s'attelle à « l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité »- *loi du 9 mars 2004*. Il reconnaît ainsi l'incapacité des responsables politiques et des juristes à prévoir et à anticiper la criminalisation de la société, pour la décourager par des dispositions pénales d'annonce. Il préfère attendre la survenance d'actions nuisibles pour les réprimer par des mesures de semonce. Il s'empresse alors de créer des qualifications nouvelles et d'y affecter des sanctions de nature traditionnelle ou innovatrice, en les insérant dans le creuset du principe- cadre de nuisibilité.

2. La protection pénale contre les nouvelles formes de nuisibilité

La protection de l'homme et de la morale

Le *code pénal de 1810* est fortement inspiré par le *code pénal de 1791*, qui fixe les premières lignes de protection de l'individu contre les différentes formes envisageables d'agression. Il protège l'individu dans son corps, contre les atteintes physiques définitives, permanentes ou temporaires. Il prend également en compte la protection de l'intériorité du corps, à travers le crime de viol et celui d'avortement. Il se préoccupe prioritairement de la répression des agressions de nature sexuelle commises sur des mineurs par les personnes chargées de les éduquer, les instruire et les protéger- *code pénal, 1810, article 333*.

De manière nouvelle, en liaison avec la participation populaire à la souveraineté nationale, le *code pénal de 1791* poursuit les auteurs d'attentats contre « la liberté individuelle » - II, I, III, 4, alinéa 2 ; - II, I, III, 19. Le *code pénal de 1810*, article 114, condamne un fonctionnaire public à la peine de la dégradation civique, lorsqu'il porte atteinte à « la liberté individuelle » ou aux « droits civiques » d'un citoyen. Il souligne la place fondamentale de l'individu dans la construction et le développement de la société

démocratique. Il réaffirme le nécessaire respect des règles de vie commune indispensables au maintien et à la pérennité du contrat social.

De manière innovatrice, le *code pénal de 1994* consacre un titre aux atteintes à la personne humaine. Il dédie son chapitre II, du titre II du Livre II, aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. Il réprime les atteintes volontaires et involontaires à la vie, ainsi que les coups et blessures, de manière classique. Il s'intéresse ensuite aux agressions sexuelles, après avoir dépénalisé l'homosexualité- article 222-23, alinéa 1. Il introduit le délit de harcèlement sexuel- article 222-33 et celui de harcèlement moral- 222-33-2. Il manifeste la prise en considération des atteintes sexuelles et morales limitées et externes que certaines personnes peuvent subir de la part de personnes ayant autorité sur elles. Il est conscient qu'il s'agit là de modes inadmissibles de pression et de contrainte morale, psychique, voire sexuelle. Le législateur est très attentif au maintien de l'ordre social, grâce au respect des bonnes mœurs et de l'ordre public.

Le droit pénal face à la mise en danger de la vie d'autrui

Le chapitre III du titre II du Livre II du *code pénal de 1994* apporte l'idée neuve de la mise en danger de la vie d'autrui. Il reprend et amplifie la protection déjà énoncée par l'article 121-3, alinéa 2, face à « la mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». Son article 223-1 réprime les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique causées par imprudence ou violation d'une règle de sécurité. Il répond à la préoccupation sociale de travailleurs exposés en toute méconnaissance à des risques contraires à leur santé. Il désigne la responsabilité pénale des employeurs qui doivent vérifier les conditions sanitaires et environnementales de l'exécution des tâches salariées.

Protégeant l'intériorité du corps, le *code pénal de 1810*, article 317, interdit l'avortement. Il est transformé par la *loi Veil du 17 janvier 1975*, complétée par la *loi du 31 décembre 1979* et la *loi du 4 juillet 2001* qui autorise et donc décriminalise l'interruption volontaire de grossesse, sous certaines conditions- nouvel article 317 du *code pénal*. Son successeur, le *code pénal de 1994* reprend naturellement la voie fixée par la loi Veil en 1975 et par son héritière la *loi du 31 décembre 1979*, inscrivant implicitement cette autorisation à l'article 223-10.

L'article 223-8 se penche sur la délicate et éthique question de l'expérimentation biomédicale sur la personne humaine. Il sanctionne ceux qui pratiquent l'expérimentation, sans le consentement de la personne. Plus loin, il insère le nouveau délit d'incitation au suicide- article 223-13. Le législateur désire protéger toute personne humaine non seulement contre les actions malfaisantes des tiers portant atteinte à son intégrité physique et possiblement psychique mais aussi contre ses propres pulsions de mort. Il s'érige en gardien immuable de la vie et de la mort, domaine jusque là réservé à la religion.

Le législateur du XXe siècle souligne son attachement au respect de la vie humaine et à celui de la dignité humaine. Comme son prédécesseur de 1810, article 66, le législateur de 1994 retient les actes de torture et de

barbarie comme des circonstances aggravantes du crime- 222-1 à 222-6-2. De manière innovante, en ardent défenseur des Droits de l'Homme, il introduit une répression contre tout auteur de discrimination humaine- 225-2, reposant sur une différenciation ethnique, religieuse, physique, sexuelle ou politique- 225-1. Il étend la répression aux auteurs de génocides et de crimes contre l'humanité- 211-1 et 212-1, manifestant sa détermination à protéger chaque homme dans sa spécificité et tous les hommes dans leur humanité. Le législateur français souligne la disparition de la frontière pénale entre sécurité intérieure et sécurité extérieure de l'Etat.

B L'ÉVOLUTION DES MODES DE SANCTION 1810/ 2010

Le *code pénal de 1810* prend appui sur le catalogue de sanctions établies par ses prédécesseurs, les *codes de 1791 et 1795*, sans oublier les textes publiés en 1790/ 1792 et ceux de la fin du XVIII^e siècle. Le législateur impérial veut imposer et maintenir la sécurité à l'intérieur de l'Etat. Il est donc enclin à réclamer des peines sévères, à vocation d'exemplarité et de dissuasion- la peine de mort, suivie par la peine des travaux forcés remplaçant la peine de fers de 1791, elle-même succédané de la peine des galères à l'ère capétienne. Il conserve les peines infamantes du carcan, du bannissement et de la dégradation civique- *code pénal, 1810*, article 8. Il pérennise la peine de la dégradation civique, soulignant l'importance attachée à l'Etat et à l'exercice des droits de citoyenneté, en ces temps de démocratie émergente. Dans la lignée des peines instituées en 1791, il organise la peine de la déportation au cours du XIX^e siècle, avant de la supprimer par la fermeture des bagnes coloniaux au milieu du XX^e siècle- *Ordonnance 4 juin 1960*.

La pratique judiciaire souligne la dégradation du système classique des peines (1), qui évolue peu à peu vers un système judiciaire de contractualisation des peines (2).

1. La dégradation du système classique des peines : la dérive des peines

La décrédibilisation de l'exemplarité des peines

Loin des débats des publicistes et des jurisconsultes du XVIII^e siècle, le *code pénal de 1810* inscrit la peine de mort de manière fréquente, dans plus de 30 articles sur 484. Il la réclame pour l'assassinat, l'empoisonnement ou le parricide, comme en 1791. Il l'inflige également aux perturbateurs de l'ordre public qui s'en prennent à la personne du Chef de l'Etat. Il la place manifestement au premier rang des peines, étant persuadé de l'efficacité de la peine extrême. Le législateur ne devrait cependant pas ignorer que trop de répression tue la répression et conduit à contourner la Justice et à renforcer la criminalité.

Dès l'*Ordonnance de Chambord de décembre 1559*, le législateur fait montre de perspicacité dans l'analyse des sanctions infligées mais non appliquées. Il fulmine contre ceux qui accueillent et recèlent les coupables en attente de jugement ou les condamnés en refus de peines. Peut-être croit-il de moins en moins à la supposée vertu d'exemplarité de la peine, car il sait

qu'elle est souvent à l'origine d'une fuite criminelle en avant. Aussi manifeste-t-elle sa préférence pour des peines moins sévères mais respectées et exécutées.

Le *code pénal de 1791* met en place une palette de peines nouvelles : les fers, la gêne, la détention, la déportation, la dégradation civique. Il présente enfin la prison comme une peine véritable. Il confie au juge l'opportunité de décliner cette peine nouvelle et de la mesurer en nombre variable d'années d'exclusion sociale, en fonction de la gravité de l'infraction. Il offre aux juges un large éventail de peines facilement adaptables aux besoins d'une efficace répression pénale. Il semble favoriser la juste rétribution des offenses plutôt que l'imposition d'une sanction excessive. Il est suivi dans cette voie par le *code pénal de 1810*, qui reprend cette belle échelle des peines, dans la tradition de l'*Ordonnance criminelle de 1670*, titre XXV, article 13.

Le *code pénal de 1810* distingue, en matière criminelle, les peines afflictives et infamantes- article 7, des peines simplement infamantes- article 8. Il inscrit la dégradation civique au plus bas échelon et la peine de mort au plus haut barreau de l'échelle des peines. Entre ces deux extrêmes, il propose six autres peines en croissance répressionnelle. Il établit une graduation des peines offertes au juge : le bannissement, le carcan- article 8, la réclusion, les travaux forcés à temps, la déportation et les travaux forcés à perpétuité- article 7. Il autorise le juge à choisir des peines mieux adaptées à la gravité du crime, à la personnalité de son auteur et à l'environnement socio-économique du coupable. Il évite la montée aux extrêmes qui peut satisfaire la victime mais n'apporte pas nécessairement la cautérisation sociale voulue par l'Etat. Malgré la fréquence des perspectives de peines de mort assignées aux criminels par le code pénal, le juge, depuis la *loi de 1832*, renforcée par la *loi du 26 mars 1891*, doit vérifier s'il peut appliquer les circonstances atténuantes susceptibles de limiter la peine à un degré inférieur à celui de la peine de mort.

Face aux peines de nature correctionnelle, le *code pénal de 1810* retient trois possibilités. Il avertit les éventuels infracteurs de l'imposition de la peine d'emprisonnement, privative de liberté et en partie porteuse d'infamie sociale- article 9. Il peut faire appel à des peines plus indolores mais portant atteinte aux droits juridiques et patrimoniaux de chaque homme : la privation des droits civiques, civils ou de famille, voire une simple amende financière- article 9. Il laisse le juge libre d'apprécier les faits de la cause et d'infliger la peine de prison la plus appropriée à la gravité de l'infraction. Il indique cependant d'autres peines moins incapacitantes économiquement et psychologiquement, évitant la montée aux extrêmes.

Au XXI^e siècle, le *code pénal de 1994* et la législation postérieure poursuivent et affinent cette classification, privée de la peine de mort depuis la *loi abolitionniste de 1981*. Il conduit à l'introduction de nouvelles formes de sanctions destinées plus à guérir qu'à sévir- le travail d'intérêt général, le jour-amende. Il guide le juge sur les chemins de la compréhension et de l'infligence de peines moindres et mieux adaptées à la réformation du coupable et aux buts de la société.

Le choix de la nature, de la qualité et du quantum des peines permet au juge de mieux adapter la sévérité de la peine à la gravité de l'infraction. Il confie au juge un pouvoir empreint de flexibilité pour la détermination des sanctions qui doivent être « strictement et évidemment nécessaires »- *DDHC*, 1789, article 8. Il évite la montée aux extrêmes dans la détermination de la peine. Il manifeste plus un attachement à la réformation du condamné qu'à l'apaisement de la victime.

La proportionnalisation des peines

Depuis les temps bibliques, le législateur incite le juge à ne pas infliger une peine trop sévère, qui conduirait à un résultat différent de celui désiré : la bastonnade limitée et non pas la mort assurée- *Deutéronome*, XXV, 2.

Au XVI^e siècle, la législation de l'Empire germanique prescrit au juge d'appliquer des peines proportionnelles à la gravité de l'infraction- *Constitutio criminalis Carolina*, 1532, articles 104 et 160. Elle ne fait que reprendre une proposition formulée dès 1215 dans la *Magna Carta* anglaise - articles 20 et 21. Elle est amplifiée par des auteurs qui, tels *André Tiraqueau* en 1559 dans le *De poenis temperandis* et *Claude Battandier* en 1567 dans la *Praxis causarum criminalium*, réclament la mitigation, c'est-à-dire l'adoucissement des peines et leur vraisemblable proportionnalisation avec les infractions. Elle est clairement promue par le *Décret des 16- 24 août 1790*, II, 21, qui exige la rédaction d'un nouveau code pénal, afin que « les peines soient proportionnées aux délits ».

Dès 1789, la juste proportion des peines et des infractions est une exigence proclamée par la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*. Elle est induite par l'article 8 qui demande au législateur de n' « établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Elle est sollicitée par la *loi du 16 décembre 1799, préambule*, qui estime que « le défaut de proportion est trop souvent une source d'impunité ». Elle doit répondre au souhait du législateur qui comprend « la nécessité d'établir une plus juste proportion entre les peines et certains délits ».

Le *code pénal de 1810*, article 65, demande au juge de faire montre de clémence en appliquant la mitigation « dans les cas et dans les circonstances » prévus par la loi. Il semble enclin à appliquer la proportionnalité des peines, à l'imitation des préceptes de l'article 117. Il demande en effet que les dommages et intérêts soient réglés « eu égard aux personnes, aux circonstances et au préjudice souffert ». Il annonce la latitude du juge du XXI^e siècle dans l'appréciation de l'infraction - *code de Procédure pénale*, 428, au nom de son intime conviction- *CPP*, 427 et en conséquence dans l'infliction de la peine.

Pour la détermination de la peine, le *code pénal de 1994*, article 132-24, alinéa 1, prescrit au juge de proportionner la peine aux circonstances de l'infraction et surtout à la personnalité de son auteur. Il conseille au juge de fixer l'amende « en tenant compte des ressources et des

charges » du coupable. Le *code de Procédure pénale*, article 475-1, demande au juge de prendre en considération « l'équité ou...la situation économique » du condamné. Il va jusqu'à conseiller au juge de déclarer « qu'il n'y a pas lieu à condamnation », en cas de faiblesse économique du condamné. Le législateur manifeste sa volonté d'établir le rapport de grandeur le plus équilibré possible entre la gravité de l'infraction et la sévérité de la peine, sans oublier les réalités économiques. Il s'inscrit dans l'approche pénale du XXI^e siècle, conforme à la *Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne*, en 2000, dont l'article 49, 3, repris par le *Traité européen de Lisbonne de 2008*, martèle une formule d'équilibre entre infraction et peine : « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ».

2. La contractualisation de la peine

Le nouveau mode décisionnel de la sanction pénale

Le législateur de la fin du XX^e et du début du XXI^e siècle imprime un changement de cap dans la détermination et l'infliction des sanctions pénales. Il s'éloigne incontestablement des débats des juristes défenseurs de la Souveraineté royale, devenue nationale, à la fin du XVIII^e siècle. Il ne rejette pas les fondements constitutionnels de l'Etat, qui veut que la Justice soit un des pouvoirs dits régaliens, s'imposant à tous, de manière égalitaire. Il sait que c'est là une victoire de la *DDHC de 1789* et du *Décret du 21 janvier 1790* concernant les condamnations pour raison de délits ou crimes, articles 1 et 2.

Le législateur rompt cependant avec la traditionnelle analyse de la justice déléguée par le Roi ou par la Nation à des professionnels du droit. Il abandonne en partie le mode décisionnel, qui, au nom du Roi ou de la Nation, impose la sentence de la juridiction au condamné, sans autre contestation possible que la voie de l'appel et des recours juridictionnels. Il ouvre un chemin nouveau dans la procédure pénale, en organisant de nouveaux systèmes de dévolution des peines, exigeant la participation et surtout l'acceptation de sa peine par le coupable. Peut-être retrouve-t-il l'idée de la voie arbitrale organisée par le *Décret des 16- 24 août 1790*, au titre premier, disparue des lois organisationnelles postérieures, au bénéfice de la Justice publique, mais au détriment de l'efficacité du règlement pacifique des différends. Il donne pleine validité à « la libre appréciation » du juge- *code de Procédure pénale*, 428, et à la force de son « intime conviction » - *CPP*, 427. Il renvoie aussitôt au pouvoir dit arbitraire et tant décrié des juges d'avant 1789, compétents pour décider selon le bien, le bon et le juste.

Le législateur introduit une sorte de contractualisation de la peine, instituée entre les acteurs du processus judiciaire : le juge, le coupable et la victime. Il favorise les solutions pénales négociées entre l'Etat, le coupable et possiblement la victime. Il marque une préférence pour un mode de règlement des conflits inter- humains plaçant le juge au centre du jeu, plutôt que pour une solution uniquement inter- parties. Il autorise ce qui pourrait être qualifié non plus de sentence juridictionnelle, non pas de solution gracieuse, mais d'accord judiciaire, car la décision finale est dotée du pouvoir d'exécution

judiciaire. Il favorise la logique horizontale d'une Justice négociée et privatisée, au détriment de la logique verticale de la Justice publique imposée. Il prévoit cependant, qu'en cas de non- respect de l'engagement contractuel par le condamné- consentant, le juge inflige la peine d'emprisonnement initialement prévue. Il semble que ce retour à la peine d'origine puisse être analysé comme une clause pénale implicite contenue dans l'accord passé entre le juge et le condamné lors de la détermination de la peine de substitution.

Les nouveaux contenus répressifs

Le législateur de la seconde moitié du XXe siècle est confronté à un accroissement de la criminalité et de la délinquance. Il constate l'inadaptation des incriminations qui ne permettent pas de poursuivre les auteurs de comportements portant atteinte aux personnes ou aux choses. Il doit en conséquence définir de nouvelles qualifications pénales correspondant à de nouveaux méfaits liés à des évolutions économiques ou technologiques. Il peut renvoyer le juge aux sanctions déjà instituées par le code pénal. Il peut également imaginer et concevoir de nouvelles sanctions, plus à même de rétablir l'équilibre sociétal entre la victime, l'Etat et le condamné. Il ne peut pas s'empêcher de constater le peu d'efficacité et surtout le coût élevé pour la société d'une peine d'emprisonnement de courte durée, sans oublier la surpopulation carcérale. Il est à la recherche de sanctions de nature différente de celles connues jusqu'alors mais susceptibles de causer le plus de souffrances au condamné.

Depuis les années 1980, le législateur recherche des substituts financiers et économiques à la peine d'emprisonnement. La *loi du 10 juin 1983* propose la peine correctionnelle nouvelle des jours- amende dans le *code pénal de 1994*, article 131-3-3°, 131-5. Il inscrit également la peine du travail d'intérêt général à titre de peine correctionnelle- article 131-3-5°.

Le législateur s'intéresse à l'insertion citoyenne, familiale et économique, pour élaborer de nouvelles sanctions. Il comprend l'importance croissante de l'environnement humain, économique et social sur tous les hommes vivant dans la société des XXe- XXIe siècles. Aussi est- il convaincu que des sanctions limitant ou interdisant totalement l'exercice de ces droits et devoirs pourraient avoir autant sinon plus d'impact sur le condamné, qu'une classique peine d'emprisonnement ou d'amende. Il lui faut bien les choisir pour punir et faire souffrir le coupable, tout en le maintenant dans le monde actif, malgré les privations de droits économiques et sociaux- article 131-3-6°, renvoyant à l'article 131-6.

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille est classée par le *code pénal de 1810*, article 9, en une peine correctionnelle faisant peser l'infamie sur le condamné, même si elle n'est pas classée comme infamante par l'article 8. Elle se pérennise dans le *code pénal de 1994*, article 131-26, qui décline les différents constituants de la peine : le droit de vote, le droit d'éligibilité, le droit d'exercer une fonction de nature judiciaire, le droit de témoigner en justice, le droit d'être tuteur de ses propres enfants.

Le législateur prévoit, à titre de peine correctionnelle, un stage de citoyenneté destiné à favoriser la réinsertion du condamné- articles 131-3-4° et 131-5-1 institués par la *loi du 9 mars 2004*. Il surprend l'analyste, étonné d'apprendre que l'accession à la citoyenneté est conçue comme une peine, alors qu'elle est la base et l'honneur de la vie en société. Il s'insère dans un nouveau domaine de sanction ayant trait à la vie citoyenne et civique, le stage ayant pour objet de « rappeler les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine »- 131-5-1.

Il laisse au juge la latitude d'ajouter des peines complémentaires à la sanction principale. Il lui propose un large éventail de peines complémentaires de nature sociétale : la suspension du permis de conduire-131-14-1°, et l'obligation subséquente d'accomplir à ses frais un stage de sensibilisation à la sécurité routière- 131-16-7°, 131-35-1 ;- le retrait du permis de chasse- 131-14-4°.

Le législateur prévoit également des peines complémentaires de nature économique et financière : l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle- articles 131-6-15°, 131-27, alinéa 2, institués par une *loi du 4 août 2008* ;- l'interdiction d'exercer une fonction publique- 131-27, alinéa 1, 131-29 ;- l'interdiction d'émettre des chèques- 131-6-9°, et celle d'utiliser des cartes de paiement électroniques- 131-14-5°, 131-20, véritable tache d'infamie dans une société dominée par la libre circulation des biens et des monnaies.

Le juge du XXI^e siècle dispose d'un catalogue de nombreuses peines de nature différente, dont il peut faire varier le montant, en fonction de la gravité de l'infraction. Il peut soit jouer sur le registre des peines traditionnelles imposées au condamné, soit préférer les sanctions de nature nouvelle négociées avec l'impétrant- jours- amende, travail d'intérêt général, stage de citoyenneté. Il peut également moduler l'une des peines avec les déciles des peines complémentaires relatives aux droits civiques, civils et de famille et surtout de nature sociale, économique et financière. Il recherche et inflige la peine qui lui semble causer la souffrance la plus adaptée à la gravité de l'infraction et à la personnalité du condamné.

DEUXIÈME PARTIE

LE GUÉRIR EN ACTION 1810/ 2010

Le *code pénal de 1810* est incontestablement orienté vers la répression des délits et des crimes, dans l'objectif d'instaurer et de maintenir la paix intérieure dans le pays. Il est progressivement toiletté par des lois qui éliminent des peines d'un autre temps. Il est amplifié par des lois qui apportent de nouvelles qualifications pénales liées au développement de l'économie et des nouvelles technologies. Il observe l'arrivée de lois qui prennent en considération les transformations comportementales et sociétales, entraînant de nouvelles perceptions sur les limites du bien et du mal. Ses rédacteurs

seraient surpris mais satisfaits par ces nouvelles approches, en cohérence avec les évolutions et les transformations de la société civile. Ils comprendraient les raisons qui poussent les législateurs postérieurs à redéfinir et à dépénaliser, de manière implicite, l'avortement ou l'homosexualité. Ils apprécieraient la criminalisation et donc la pénalisation des actions liées à l'exploitation des êtres humains, à travers la prostitution et la traite. Ils applaudiraient à la lutte pénale ouverte contre les trafiquants de drogues et de stupéfiants à fort degré de dangerosité pour la vie humaine. Ils encourageraient les dispositifs de lutte contre la criminalité dématérialisée de nature informatique. Ils soutiendraient sans conteste les actions pénales organisées contre les actes terroristes, voire les crimes contre l'humanité déclarés imprescriptibles, qui mettent en péril les gens et les Etats au XXI^e siècle.

Le législateur du XX^e siècle, s'exprimant enfin dans les dispositions du *code pénal de 1994*, sous la poussée d'analystes emplis de compassion et de générosité pour l'humanité souffrante, s'emploie à sauver l'âme des criminels. Pétri de bons sentiments, il va s'efforcer de rendre leur humanité aux délinquants et criminels. Le législateur abandonne en partie la signification rétributive de la peine, au profit de la réformation et de la réinsertion sociale du condamné. Il s'intéresse tout spécialement au rachat des corps et des âmes des condamnés (A), avant d'établir les étapes pénales de la réinsertion sociale du condamné (B).

A. LE RACHAT DES CORPS ET DES ÂMES DES CONDAMNÉS

Désireux de réinsérer le condamné dans la société, dès après l'exécution de sa peine, le législateur présente une nouvelle compréhension de la peine, conçue comme un élément de réforme individuelle (1). Il propose des nouveaux modes de punir destinés à guérir le condamné par une prise de conscience des droits perdus de son fait (2).

1. L'approche nouvelle de la peine-réformation

1.1. Les analyses et les pratiques favorables à la réformation des condamnés au XVIII^e siècle

L'approche d'innovation théorique des caractéristiques de la peine

Cesare Beccaria, en 1764, dans son *Traité des délits et des peines*, poursuit l'analyse contestataire du système pénal en usage en Europe au XVIII^e siècle. Il suit le mouvement des philosophes et des publicistes éclairés dans le sillage des idées de *Montesquieu*, *Condillac* et *Helvétius*. Il apprend qu'ils veulent sinon supprimer la peine de mort, du moins rendre la justice criminelle plus flexible, mieux adaptée aux criminels. Il affirme avec force le caractère inhumain, illégitime et inutile de la peine de mort. Il comprend que la force dissuasive de la condamnation à mort ne joue que vis-à-vis des délinquants les plus faibles et non pas à l'encontre des criminels d'habitude, endurcis. Il réclame l'abolition de la peine de mort, sauf en cas de coups mortels portés à la puissance publique, mettant en péril la survie de l'Etat. Il plaide en faveur d'une répression axée sur l'emprisonnement, de durée variable, mesurée et établie en fonction de la gravité du crime. Il imagine, de

manière quelque peu pré- romantique, en reprenant la pensée de *Jean- Jacques Rousseau*, que tous les hommes sont bons à la naissance et que c'est la société qui les pervertit. Il plaide pour une certaine commisération à l'égard des criminels, qui se sont égarés sur les mauvais chemins de la société. Il estime que l'enfermement carcéral est le meilleur moyen, pour aider le condamné à reconnaître sa faute et sa culpabilité, avant de le conduire sur la voie de la réforme. Il observe même que le parcours du condamné passe par le remords, puis le repentir, débouchant sur une sorte de demande de pardon à la société et à la victime. Il ne prévoit cependant pas les mesures d'accompagnement psychologique et ré- éducationnel, indispensables pour permettre la réformation d'un individu. Il a une confiance émouvante et naïve en la volonté de perfectibilité de chaque être humain. Il prend pour acquise la détermination individuelle de retrouver les chemins de la liberté par l'apurement et la reconstruction des esprits.

Le jeune juriste italien bouleverse les pratiques carcérales de son siècle, plus tournées vers la détention préventive ou la rétention provisoire avant jugement que vers une fonction de peines- sanctions. Il conduit les praticiens et les conseillers des chancelleries royales et impériales en Europe à imaginer et à accepter un changement de sens de la prison. Il rejoint certaines pratiques limitées qui recourent déjà à l'enfermement à titre de peine. Il connaît l'exemple des femmes adultères enfermées dans les couvents, des femmes prostituées enfermées dans les maisons de force ou encore celui des homosexuels enfermés à la demande du lieutenant de police à Paris. Il doit convaincre ses lecteurs de l'efficacité de ces premiers modèles carcéraux, qui favorisent la prise de conscience, le repentir et enfin la réinsertion sociale des condamnés ayant exécuté leurs peines.

Les juristes et les philosophes s'enthousiasment pour cette idée nouvelle et réclament des prisons. Ils doivent vite déchanter quand les premiers textes de nature législative instituent les peines de prison, par manque de locaux adaptés à cette fonction isolatrice et réparatrice. Ils se jettent avec avidité sur les travaux de *Howard* qui donne une image apocalyptique des prisons d'Angleterre, fort proches de leurs consœurs continentales. Ils réclament des locaux décents pour accueillir et rééduquer les condamnés- *Boucher d'Argis, verbo prison in l'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des arts et des métiers*, volume 13. Ils penchent aussi pour l'idée de la réformation par le travail, étant convaincus que l'oisiveté est dangereuse et propice aux projets criminels. Ils sont à l'origine des textes législatifs mettant en place différents systèmes d'enfermement associés à un travail obligatoire. Ils sont les initiateurs de la peine de fers insérée dans le *code pénal de 1791*, I, I, 6, devenue celle des travaux forcés dans le *code pénal de 1810*, article 15. Ils sont enfin les lointains créateurs de la peine nouvelle dite de travail d'intérêt général, instituée par le *code pénal de 1994*, 131-8, mais s'exerçant hors du cadre carcéral : le travail subsiste, la prison se désiste.

La mise en œuvre de la peine nouvelle d'emprisonnement

Le *décret des 16-24 août 1790*, XI, 5, promeut la peine d'emprisonnement aux côtés de l'amende pécuniaire en matière de police. Il manifeste sa détermination à mettre en application les idées des théoriciens du droit. Le *décret des 19-22 juillet 1791*, II, 1, place l'emprisonnement au troisième barreau de l'échelle des peines en matière correctionnelle, après l'amende et la confiscation. Il précise que l'enfermement est exécuté dans « une maison de correction » qui « sera maison de travail »- II, 5. Il insiste sur la nécessaire liaison entre prison et travail, comme la seule voie conduisant à la réformation du condamné, dans le sillage des propositions de *Louis de Pastoret*, dans ses *Loix pénales*, 1790, IV, XXII.

Le *code pénal de 1791*, I, I, 1, institue un véritable arsenal de peines privatives de liberté, en- dehors de la peine des fers : la réclusion dans une maison de force, la gêne, la détention. Il laisse au *Décret des 16-29 septembre 1791*, II, XIII, article 1, le soin de prévoir l'existence d'une maison d'arrêt et d'une maison de justice, avant d'organiser les maisons de force pour y reclure les condamnés- *eodem loco*, article 11. Le *code pénal de 1791* ouvre la porte aux rédacteurs du *code pénal de 1810*, qui offrent au juge le choix entre la peine de réclusion- article 7, 5° et « l'emprisonnement à temps dans un lieu de correction »- article 9, 1°. Il le laisse reprendre l'antienne de la réformation du condamné par le travail dans la maison de correction où « il y sera employé à l'un des travaux établis dans cette maison selon son choix »- article 40, alinéa 1.

Au-delà de la politique déclaratoire, le *code pénal de 1810* impose effectivement très fréquemment les peines de réformation, de préférence à des peines d'exclusion physique définitives- peine de mort, travaux forcés à perpétuité. Il demande au juge d'appliquer la peine de travaux forcés à temps dans environ 35 articles. Il laisse à entendre, que le condamné dispose de temps pour réfléchir à ses actions criminelles passées, cheminer sur la voie du remords et du repentir, avant de retrouver la lumière intellectuelle ouvrant sur les chemins de la liberté. Il imagine peut- être même, que celui qui se comporte avec intelligence et compréhension pourrait profiter d'une libération anticipée- loi du 14 juillet 1865 et articles 113- 126 du *CIC* et le *CPP* d'avant 1993.

En application large des propositions de *Beccaria*, le *code pénal de 1810* oriente le juge vers les peines carcérales dans presque un tiers de ses articles. Il institue la peine de réclusion dans 31 articles environ et celle d'emprisonnement dans 122 articles environ. Il offre au juge un premier choix entre l'emprisonnement simple et la peine de réclusion, pour laquelle il ne détermine jamais la durée précise. En application de l'article 21, alinéa 2, il lui confie le pouvoir de déterminer la durée de la réclusion comprise entre une peine-plancher de 5 ans et une peine- plafond de 10 ans. Il le laisse libre d'apprécier la gravité de l'infraction, pour infliger à son auteur la peine la mieux adaptée à sa personnalité et aux circonstances de l'infraction. Il

conforte le pouvoir dit arbitraire du juge qui, selon *Pastoret*, IV, XII, garde seulement la liberté « d'en nuancer la durée ».

En matière d'emprisonnement, le législateur utilise une gamme fort large de déclinaisons temporelles. De principe, le *code pénal de 1810* ouvre très largement le champ de la durée de l'emprisonnement : entre six jours et 5 ans- article 40, alinéa 2. En réalité, il se veut plus directif, imposant une durée minimale de six jours en matière correctionnelle- articles 249, 260, 283, 290, 314, 318, 320, 346, 358, 414, 445, 447, 449, 454, 457, 459, voire de 3 jours pour une contravention de police- article 473, 476. Il n'omet pas de fixer la durée maximale de l'emprisonnement jusqu'à la peine- taquet de 5 ans. Il restreint les espaces décisionnels des juges, en leur offrant, pour chaque infraction, un cadre précis de peines possibles, avec une peine- plancher et une peine- plafond. Il établit par exemple une peine d'emprisonnement comprise entre six jours et deux mois contre les crieurs et vendeurs d'écrits qui n'ont pas l'autorisation de vente- article 290. Il condamne l'homme complice d'adultère à une peine variant de trois mois à deux ans- article 338. Il sanctionne l'auteur de l'exposition d'un enfant à un emprisonnement de six mois à deux ans- article 349. Il inflige une peine de un an à cinq ans à ceux qui font usage de faux noms ou utilisent des fausses qualités pour agir de manière nuisible- article 405, ou empoisonnent les chevaux- article 452. Ainsi, selon le degré de gravité de l'infraction, le code pénal confie au juge le pouvoir plus ou moins ouvert de détermination de la durée de la peine d'emprisonnement. Il appuie désormais sa force répressive essentiellement sur un système de modulation des peines de prison.

1.2. La nouvelle défense sociale ou la prééminence du condamné

Vers une conception différente de la répression pénale

Le législateur reflète les idées de la société dans laquelle il vit. Aussi, après une longue période de répressivité, d'un siècle et demi environ, le *code pénal de 1810* subit- il un toilettage progressif. Il s'oriente vers la compréhension, la réformation et la réinsertion du condamné. Il a pour objectif la réintégration sociale des condamnés et la réduction voire l'éradication de leur capacité de nuisibilité. Il reprend le fil beccariste de l'inanité des peines trop sévères axées sur l'exclusion définitive des condamnés. Influencé, dès la fin du XIX^e siècle, par la pénétration intellectuelle des analyses sociologiques et criminologiques, le législateur tourne son dispositif, plus vers la récupération et la réinsertion du condamné que vers celle de son élimination- la disparition de la peine de mort en 1981 allant dans ce sens. Il n'oublie pas la victime objet d'une vénération idéologique traditionnelle dans la pensée religieuse des vingt derniers siècles. Il porte cependant sa réflexion et ses moyens vers la réduction de la criminalité et de la délinquance, en évitant les peines trop sévères aux effets inversement proportionnels à leur importance.

Les adeptes de l'école dite positiviste suivent les pistes ouvertes par *Auguste Comte*. Les juristes italiens de la fin du XIX^e siècle- *Lombroso*, *Ferri* et *Garofalo* apportent un souffle nouveau en droit criminel. Ils plaident en

faveur de la reconnaissance des spécificités individuelles de chaque délinquant. Ils soutiennent que le crime trouve ses origines dans des causes exogènes et endogènes qui prédisposent possiblement à la criminalité. Ils cherchent à réduire voire même à éliminer la dangerosité criminelle. Aussi sont-ils enclins à proposer des mesures de sûreté mettant de manière préventive certains criminels hors d'état de nuire. Ils semblent entendus par la *loi du 12 décembre 2005*, qui, à l'orée du XXI^e siècle seulement, instaure des périodes de sûreté incompressibles pouvant aller jusqu'à 22 ans de réclusion criminelle- *code pénal, 1994*, 132-23. De manière économique et sociale, ils demandent de prendre des dispositions pour démolir les habitations délabrées, créer des écoles et accroître la recherche scientifique. Ils sont confiants dans le pouvoir formateur des instituteurs, hussards de la République, qui conduisent les jeunes gens sur les chemins de l'honneur, de la droiture et du bonheur.

Dès la fin du XIX^e siècle, des juristes promeuvent la doctrine de la défense sociale. Ils désirent empêcher toute survenance de faits infracteurs, en appliquant des mesures de sûreté de manière longue, avant même toute infraction, de manière préventive. Ils refusent l'idée même de peine, au profit de celle de réappropriation sociale. Ils sont critiqués pour leurs excès d'analyse conduisant à des mesures de purification sociale, qui fleurent bon l'inadmissible discrimination et l'odieux rejet de minorités nationales, très au-delà de la mission du droit pénal.

Aussi, vers le milieu du XX^e siècle, le magistrat *Marc Ancel* définit-il la doctrine qualifiée de défense sociale nouvelle. Il semble magnétisé par la personnalité du condamné qui doit être resocialisé au plus vite et le mieux possible. Il fait fi de l'orientation rétributive traditionnelle de la peine. Il se focalise sur le condamné, considéré comme un homme à la recherche de son être, de sa liberté et de sa responsabilité. Il recommande d'examiner le prévenu de manière complète, c'est-à-dire dans son être social et dans son intériorité psychique et morale. Il organise le procès dans deux dimensions : la première conduit à la culpabilité, la seconde à la sanction. Il est favorable à une sentence judiciaire déposée sur des sables mouvants. Il invite en effet à la réévaluation de la peine au cours de son exécution, en fonction de la personnalité du condamné.

Au-delà, la théorie de déjudiciarisation du droit pénal surprend de la part d'un magistrat qui ne peut pas ignorer le poids de la justice publique, face aux modes privés de règlement des conflits inter-humains. Il incite l'analyste à comparer la peine originellement infligée par la juridiction, avec la peine véritablement exécutée. Il le conduit à observer l'application des lois pénitentiaires- telle la *loi du 24 novembre 2009*, effectuée sous le contrôle d'un juge spécialisé et du tribunal de l'application des peines, voire, en appel, sous celui de la Chambre de l'application des peines de la Cour d'appel- *code de Procédure pénale*, 712-1 à 712-23. Il invite à s'interroger sur le bien-fondé de peines sévères lors du prononcé de la sentence mais bien réduites lors de la sortie de prison. Il conduit à supputer qu'il serait peut-être plus judicieux de fixer des peines moins élevées mais d'exécution certaine et complète. Il

éviterait les disparités contraires au principe du traitement équitable des condamnés et fustigées par les médias particulièrement lors des récidives criminelles.

Les effets juridiques des doctrines positivistes et de défense sociale

Le législateur du XIX^e siècle et plus encore les *codes de 1810 et de 1994* accordent du crédit à la pensée de la défense sociale. Ils inventent de nouvelles sanctions et des mesures de réformation mieux adaptées aux nouvelles orientations politiques et économiques de l'Etat, plus acceptables pour les délinquants. Ils suppriment des peines corporelles qui sont censées faire impression sur les criminels et sur la population. La *loi du 28 avril 1832* supprime la peine de marque, celle du carcan et la peine accessoire de l'amputation du poing droit pour le parricide. Elle conduit à plus d'humanité à l'égard du condamné, en le débarrassant de peines inutilement infamantes et sanglantes. Elle généralise l'application des circonstances atténuantes, permettant là encore une réduction des peines et donc des souffrances du condamné. La *loi du 30 mai 1864* institue un nouveau mode d'exécution des travaux forcés, en organisant une déportation coloniale « afin d'améliorer l'homme par la terre et la terre par l'homme ». En réalité elle ne permet pas la réalisation de projets valorisant le condamné car elle l'asservit pour construire des routes ou mettre en exploitation quelques terres. De manière innovatrice, la *loi du 14 juillet 1865* introduit le régime de la liberté provisoire dans le nouvel article 113 du *code d'Instruction criminelle*. Elle permet au condamné au comportement irréprochable de retrouver rapidement le chemin de la liberté et de la réinsertion sociale et économique.

Les nouvelles doctrines conduisent le juge à accorder une place croissante aux enquêtes sur la personnalité du criminel. Elles lui offrent une meilleure compréhension de l'environnement familial, moral, économique et social du prévenu. Elles attendent le verdict médical des psychiatres pour cerner la personnalité du coupable, afin de mieux ou moins le condamner. Elles orientent l'attention du juge et des jurés des Cours d'assises vers la personne du coupable, qui prend peu à peu les couleurs d'une victime de la société, oubliant la cause criminelle véritable de sa présence. Soutenues par les médias, ces réflexions conduisent, de manière perverse, à considérer le criminel comme une victime et la victime effective comme une simple provocatrice, responsable de son propre malheur. Par réaction elles conduisent plusieurs juristes du XX^e siècle finissant à revenir à la fonction rétributive et expiatoire de la peine, face à la dangerosité croissante d'une criminalité de plus en plus inventive, accrochée aux évolutions des mœurs, de l'économie et de la technologie- par exemple la *loi du 5 janvier 1988* sur la fraude informatique, créant les articles 462-2 à 462-9 du *code pénal* alors en vigueur.

La législation pénale des années 1980 semble chercher de nouvelles voies en matière pénale. Le Nouveau *code pénal de 1994* déploie de nouvelles peines parfois mises en œuvre depuis déjà quelques années. Il présente, à l'article 131-1, les quatre barreaux des peines criminelles de réclusion, de 10 ans à la perpétuité. De manière plus originale, en accord avec les théories

de référence, son article 131-3-3° officialise la peine du jour- amende et celle du travail d'intérêt général- 131-3-5°, au profit d'une institution publique ou d'une association agréée par l'Etat- peines instituées par la *loi du 10 juin 1983*, enfin le stage de citoyenneté- 131-3-4°, créé par la *loi du 9 mars 2004*. Une *loi du 17 juin 1998* met l'injonction de soins à la disposition du juge, pour compléter une sanction carcérale- 131-10. Une *loi du 10 mars 2010* autorise le juge à prononcer une mesure complémentaire de nature médicale, imposant un traitement avec des médicaments inhibiteurs de libido. Elle manifeste avec netteté la volonté législative de soigner le condamné considéré comme malade, après qu'il ait accompli sa peine d'incarcération. De manière très originale, la *loi du 5 mars 2007* autorise le juge à condamner une personne, à titre de peine complémentaire, à suivre un « stage de responsabilité parentale »- *code pénal*, 131-16-9°. Ces textes créateurs de sanctions de nature affective, médicale ou sociétale s'inscrivent dans la ligne de pensée et de réforme de l'école de la défense sociale nouvelle. Ils conduisent à s'interroger sur la nature de peine véritable de ces nouvelles sanctions : est- ce une peine que d'apprendre le métier de parents pour ceux qui ont des enfants ?, est- ce une peine de se conformer à la sécurité routière pour qui détient une automobile ? : ne s'agit-il pas là de devoirs familiaux et sociaux nécessaires ? Ces articles du code pénal interpellent sur la dérive de sens des sanctions nouvelles infligées en matière pénale en ce début du XXI^e siècle. Ils interpellent sur la réalité de la distinction ou de la confusion entre peine et mesure de sûreté, entre peine autonome et peine complémentaire, enfin entre sanction et rééducation. Ils attirent l'attention du législateur sur le risque de brouillage des frontières et de confusion intellectuelle entre éducation et sanction, au détriment de la Justice et de l'Etat.

2. La suspension des droits du condamné

Le législateur est de plus en plus tourné vers la personne sujette aux accusations, aux enquêtes, au jugement et à la condamnation. Il s'efforce de peser sur sa volonté en infligeant des peines principales ou complémentaires qui la privent de droits qui sont normalement l'honneur et la fierté du père de famille et du citoyen. Il impose au condamné des souffrances d'un type nouveau, de nature juridique, affective et économique Il distingue les droits civiques, civils et de famille introduits par le *code pénal de 1810*, enfin des droits économiques et sociaux institués en grande partie par le *code pénal de 1994*.

La privation des droits personnels de citoyen et de père

Le *code pénal de 1810*, article 42, autorise les juridictions correctionnelles à interdire l'exercice total ou partiel des droits civiques, civils et de famille.

Depuis la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789* dont l'exercice est destiné à assurer le « maintien de la Constitution et [le] bonheur de tous », depuis le *code pénal de septembre 1791* et la *Constitution d'octobre 1791*, les droits de citoyenneté sont la ligne

d'horizon et de référence des Français. Ils permettent la participation des citoyens à la vie de l'Etat par l'exercice de la souveraineté nationale, en particulier par la voie de l'élection- *DDHC*, article 6. Les droits civiques essaient en droits d'élection et d'éligibilité à l'ensemble des fonctions électives et représentatives. Ils offrent aux citoyens la possibilité de participer aux Assemblées représentatives nationales, départementales et municipales. En particulier ils ouvrent la possibilité d'une carrière administrative ou judiciaire à ceux qui remplissent les conditions d'éligibilité pour être juges de paix ou membres de juridictions départementales- *décret des 16- 24 août 1790*, II, articles 3 et 4, sans oublier les membres des administrations départementales ou municipales. Aussi sont- ils protégés de « tout attentat contre la liberté individuelle »- *code pénal*, 1791, II, I, III, 19, base première des droits naturels et imprescriptibles de l'homme- *DDHC*, article 2. Les droits de citoyenneté sont les liens de rattachement juridique et pratique de tous les citoyens au contrat social. Aussi leur privation totale ou partielle est-elle ressentie comme une véritable sanction civique.

Les droits de citoyenneté se déclinent, selon l'article 42 du *code pénal de 1810*, en trois éléments : le droit de vote et d'élection, le droit d'éligibilité, le droit de remplir et d'exercer des fonctions publiques ou des emplois de l'administration. Empêcher de manière temporaire d'en jouir en totalité ou en partie conduit le citoyen à une véritable *capitis deminutio*. Leur suspension crée une caricature de citoyen démunie de tout droit d'existence politique, judiciaire et administrative. En particulier, en matière judiciaire, les droits perdus interdisent d'être juré dans une Cour d'assises, d'être expert ou témoin en justice- article 42, 3°, 7°, 8°.

Les droits de famille consistent en droits de vote dans les délibérations de famille et en droits d'exercer des fonctions de tuteur ou de curateur- article 42, 5° et 6°. Leur privation est une mesure d'infamie pour celui qui, selon *le code Civil de 1804*, article 373, est naturellement le chef, la tête, le responsable de la cellule familiale de base. Les droits de famille ne sont pas ressentis comme des droits essentiels quand ils sont exercés au quotidien dans la famille. Leur importance n'apparaît que lorsque leur titulaire en est privé, retirant au *pater familias* certains privilèges juridiques. Leur suspension crée une catégorie de nouveaux incapables juridiques, de véritables morts familiaux, dépouillés d'une partie de leurs droits et donc de leur pouvoir au sein de la famille, pierre essentielle dans la construction de l'Etat nouveau depuis le milieu du XVI^e siècle.

Le législateur de 1810 manifeste une nouvelle approche des sanctions pénales. Il ne se satisfait pas de condamner à une peine d'emprisonnement ou d'amende touchant à la liberté individuelle et au patrimoine du condamné. Il avance vers l'intériorité de la personne en suspendant l'exercice de certains droits naturels vis- à- vis de la famille et artificiels vis- à- vis de la société organisée. Il cherche à atteindre le substrat psychologique du condamné. Il espère que la peine complémentaire nouvelle aura un effet d'accélération sur la compréhension de la faute et donc sur la réformation du condamné. Le *code*

pénal de 1994 poursuit cette approche en laissant le juge infliger, à titre de peine complémentaire, l'interdiction « de tout ou partie » des droits civiques, civils et de famille- 131-26, 132-21.

La privation des droits économiques et sociaux

Déterminé à peser plus sur la volonté que sur le corps du condamné, le législateur de 1810, de manière timide, et son successeur de 1994, de manière explicite, utilisent le levier nouveau des sanctions à caractère économique et social.

L'interdiction d'exercer des fonctions publiques- *code pénal, 1810*, articles 185 et 197, est une souffrance économique et psychologique imposée à un juge ou à un administrateur condamné pour abus d'autorité. Elle le prive de ses ressources et de ses moyens de vie pendant une durée pouvant varier entre 5 et 20 ans, voire être perpétuelle- article 171. Cette forme de répression est déjà instituée par *l'Ordonnance de Villers- Cotterets, août 1539*, article 142, qui sanctionne les juges en état de récidive pour faute dans l'exercice de leurs missions. Elle les condamne à être « suspendus de leurs offices pour un an, et pour la troisième [fois] privés de leurs dits offices, et déclarez inhabiles à tenir les offices royaux ». L'interdiction de nature économique est dissuasive et solidaire, puisqu'elle prive non seulement un homme mais une famille entière de revenus et de ressources.

Cette interdiction doit être suffisamment efficace pour que les rédacteurs du Nouveau *code pénal de 1994* la reprennent et l'étendent à l'exercice d'activités professionnelles- 131-27, alinéa 2, pour une durée maximale de dix années. La suspension du droit à exercer le métier de compétence qui est le sien cause une incontestable souffrance au condamné et possiblement à sa famille. Elle le conduit certainement à réfléchir à ses actions nuisibles passées, pour se repentir et retrouver les chemins de la vérité et de la liberté. Peut- être ce mode de répression qui empêche un homme d'exercer son activité professionnelle est- il le meilleur moyen de peser sur la réformation du condamné. Il présente l'inconvénient de régénérer le caractère solidaire de la peine, au détriment de son caractère personnel.

Liée au développement global de l'économie et des marchés, l'interdiction d'utiliser des chèques- 131- 19 et des cartes de paiement électronique- 131-20 jette l'anathème social sur celui qui en est provisoirement dépouillé, pour une durée maximale de cinq années.

Plus vexatoire encore apparaît la peine de suspension- 131-16-1°, voire d'annulation du permis de conduire- 131-6-3°. Elle est généralement complétée par une exigence de « stage de sensibilisation » à la sécurité routière- 131-16-7°. Cette sanction de nature sociale jette l'opprobre sur le condamné, incapable provisoire. Elle est un facteur de gêne au quotidien, pour les activités familiales, professionnelles, voire ludiques. Aussi apparaît- elle comme une sanction efficace qui satisfait le législateur.

Désagréable et objet de raillerie dans le monde des chasseurs, le retrait du permis de chasse pour un an- 131-14-4°, voire trois ans- 131-16-4° est une mesure qui fait souffrir le féru de chasse. Cette interdiction provisoire cause plus de douleur au chasseur obstiné qu'une peine d'amende pécuniaire, qu'il acquitterait dans la discrétion. Elle le désigne aux yeux de ses amis chasseurs comme un incapable- ce qui ne peut que le vexer et l'attrister. Dans ce sens, la sanction atteint son objectif d'imposer une souffrance psychologique discriminante dans un milieu social aux usages bien établis.

Le législateur du XX^e siècle mesure l'importance des peines de substitution- 131-6, voire des peines complémentaires- 131-10, qui viennent limiter, suspendre ou interdire l'exercice de droits de famille et de citoyenneté. Il s'appuie sur des études d'économie et de psychologie sociale, pour instituer de nouvelles peines, généralement complémentaires de peines principales d'emprisonnement. Il offre au juge la possibilité d'imposer des sanctions de nature économique et sociale, dont la charge économique et psychologique est très forte. Il supporte ainsi la réalisation raisonnée de la doctrine de la défense sociale nouvelle.

B LES ÉTAPES PÉNALES DE LA RÉINSERTION SOCIÉTALE DU CONDAMNÉ

La réinsertion sociale des condamnés est un objectif défini de manière pratique dès le *code pénal de 1791*– I, VII, de la *réhabilitation des condamnés*. Elle est reprise par le *code pénal de 1810* qui comprend la nécessité de favoriser le retour dans la société du condamné qui a exécuté sa peine. Elle est l'objectif déclaré par le législateur de la *loi du 12 décembre 2005*, sous la forme de l'article 132-24, alinéa 2 du *code pénal de 1994*, qui désire déjà « favoriser l'insertion ou la réinsertion » du condamné et surtout « prévenir la commission de nouvelles infractions ». Elle est souhaitée par l'article 131-36-3, qui promet des « mesures d'assistance » destinées à « seconder [le condamné dans] ses efforts en vue de sa réinsertion sociale » et par l'article 132-46 qui propose « des mesures d'aide », dans l'objectif du « reclassement social » du condamné. Elle est sous-jacente aux lois et sentences judiciaires du XXI^e siècle, qui souhaitent une pénalité allégée pour les primo- délinquants- sauf crimes graves, et alourdie pour les récidivistes- *loi du 10 août 2007*, dans la ligne répressive suivie par de nombreux Etats constituant les Etats- Unis d'Amérique du Nord.

L'exemplarité de la peine cède progressivement la place à la proportionnalité des peines. La proportionnalité des peines s'efface elle-même peu à peu devant de nouveaux modes de répression, censés exercer des effets réformateurs sur la personne- même du condamné.

Le législateur des XIX^e et XX^e siècles s'efforce de guérir le condamné considéré comme un malade, qu'il convient de soigner, pour le remettre sur le chemin de la liberté et de la responsabilité. Il permet au juge de porter des coups douloureux au condamné en lui imposant de suivre des prescriptions économiques et sociales (1), avant de lui infliger des prescriptions sociales et médicales à la fois (2).

1. Les prescriptions de nature économique et sociale

Le condamné est titulaire d'une obligation délictuelle au profit de la victime et de l'Etat qui détiennent une véritable créance à son encontre. Après l'exécution de sa peine, il est délié de sa dette vis-à-vis de la société. Il retourne dans la société civile, qui éprouve souvent quelque difficulté à l'accueillir. Il doit être soutenu par la Justice dans la voie de la réinsertion sociale.

1.1. La réformation et la réinsertion par le travail

La réformation du condamné par le travail

Dès le monde romain, la peine des mines ou de métal a une triple mission : satisfaire l'Etat dont le droit a été violé par l'infracteur, tenir le criminel à distance de la société, enfin le rééduquer par le travail. Dans l'Ancienne France, la peine des galères à temps- *Ordonnance criminelle, 1670, XXV, article 13*, offre au condamné la possibilité de se régénérer par l'effort physique, en empruntant les voies du remords, du repentir et de la compassion avec la victime. La peine des fers, instituée par le *code pénal de 1791*, articles 1 et 6 à 8, marque une véritable prise de conscience de cette orientation nouvelle, en faveur de la réinsertion du condamné. La peine des travaux forcés à temps, établie par le *code pénal de 1810*, articles 7, 4°, et 15, mais abrogée par une *Ordonnance du 4 juin 1960*, s'inscrit dans le prolongement juridique et économique. Elle est infligée avec le double souci d'une réparation du dommage causé à la société et d'une souffrance nécessaire infligée au condamné à travers le travail.

L'application de la théorie de la défense sociale nouvelle

La *loi du 10 juin 1983* semble suivre les recommandations de la doctrine de la défense sociale nouvelle. Elle suggère au juge de ne pas condamner un primo-délinquant à une peine d'emprisonnement et donc d'exclusion sociale. Elle lui offre la possibilité d'infliger plutôt une peine de travail obligatoire et non rémunéré, réalisable au rythme voulu par le condamné- *code pénal ancien*, article 43-3-1 ; - *code pénal, 1994*, 131-3-5°. Elle permet à la personne condamnée à ce travail d'intérêt général- TIG, d'exécuter sa peine d'une durée maximale de 210 heures de travail- 131-8, dans un délai de 18 mois- 131-22. Le législateur évite la rupture familiale, économique et sociale du condamné. Il manifeste son souci de ne perturber ni la famille ni l'activité professionnelle du coupable. Il préfère orienter la justice vers le maintien du condamné dans la société. Il lui est loisible de substituer la peine de TIG à la peine de prison normalement infligeable- 131-8, après acceptation par le condamné lui-même. Il transforme le condamné normalement soumis à l'enfermement carcéral et à l'exclusion sociale en un citoyen qui s'acquitte au quotidien de son obligation délictuelle vis-à-vis de la société. Il exige que l'exécution de la peine soit réalisée, possiblement à dose homéopathique, selon la volonté et la disponibilité du condamné- 131-8, alinéa 2, mais toujours avec son consentement.

1.2. La réparation pour la victime

La croissance de la victimisation

Les victimes des agressions de toute nature, des meurtres, des viols et des vols appellent la commisération et la compassion de la société civile. Elles sont aidées et soutenues dans cette tâche par les médias, qui choisissent le camp des faibles, des opprimés, des humiliés, des victimes, contre le camp des prédateurs, des assassins et des violeurs. Depuis la décennie des années 1980, à la suite d'attentats d'origine terroriste à Paris, les victimes ou leurs proches parents s'imposent dans le champ judiciaire, voire politique. Elles réclament des indemnisations pour dommages- intérêts, eu égard aux troubles physiques, psychologiques et économiques qu'elles ont subis, par manque de protection de la part de l'Etat. Elles voient leurs « droits » défendus par l'article 131-24, alinéa 2 et leurs « intérêts » protégés par le juge, selon l'article 132-24, alinéa 2, institué par la *loi du 12 décembre 2005*. Elles retrouvent dans le procès pénal une place éclipsée depuis le XVI^e siècle par la suprématie de l'action publique sur l'action privée. Elles ne devraient pas être opposées aux projets de la Chancellerie pour remplacer progressivement, au XXI^e siècle, la procédure inquisitoire d'origine romano- canonique introduite au XII^e siècle et instaurer la procédure accusatoire. Elles retrouveraient la place d'importance qu'elles réclament avec force dans le procès pénal mais qui leur créeraient des responsabilités véritables.

L'indemnisation des victimes

Le *code pénal de 1810*, nouvel article 53, laisse le juge apprécier le montant des indemnités à verser à la victime. Il reprend la disposition de l'*Ordonnance de 1670*, XIII, 29, qui s'intéresse déjà aux « réparations pécuniaires ». Ses dispositions sont pérennisées et organisées par le *code de Procédure pénale*, article 706-3. Il précise que la condamnation doit permettre de « réparer en tout ou en partie,...les dommages causés par l'infraction »- *code pénal, 1994*, 132-45-5°.

Le législateur du XXI^e siècle précise que l'indemnisation doit être calculée, en tenant compte des facultés contributives et des charges du condamné- 132-24, 132-45-5°.

L'article 131-8-1 du *code pénal de 1994*, institué par une *loi du 5 mars 2007*, propose au juge et aux parties la peine de sanction- réparation. Il définit cette peine comme l'indemnisation versée à la victime, en contrepartie du préjudice subi- 131-12-3°. Il propose que cette peine soit exécutée en nature, c'est-à-dire consiste dans la remise en état des choses endommagées. Il précise enfin qu'un tel mode de répression exige un accord véritable entre la victime et le prévenu, en présence du juge. Il manifeste la lente évolution qui conduit les plaideurs de la logique verticale de la justice publique imposée, à la logique horizontale d'une justice négociée et privatisée.

2. Les prescriptions de nature sociale et médicale

Les prescriptions de réinsertion sociale

De manière pratique, le législateur impose au condamné à la fois des obligations positives et des obligations négatives.

Le *code pénal de 1994* fait montre de réalisme. Il exige, de manière positive, que le condamné ait une activité professionnelle, ou qu'il suive un enseignement ou une formation professionnelle, après l'exécution de sa peine- 132-45-1°. Il sait que l'activité professionnelle ou la formation à un métier est le meilleur moyen de réinsertion sociale et économique. Aussi confie-t-il cette mission à la juridiction de jugement ou peut-être plutôt au juge de l'application des peines. Il autorise le juge à infliger des stages de formation à titre de peine principale ou complémentaire. Il le voit ainsi condamner à un stage de citoyenneté, institué véritable peine correctionnelle- 131-3-4°, 131-5-1, alors que la citoyenneté est un honneur et le droit de chacun à participer à la vie de l'Etat. Il condamne le conducteur impénitent à suivre un stage de sensibilisation à la circulation routière- 131-16-7°. Le législateur va même jusqu'à condamner des parents à un stage de « responsabilité parentale »- 131-16-9°, pour leur apporter les éléments éducationnels indispensables pour l'éducation de leurs enfants. Dans le but de stabiliser socialement le condamné nouvellement mis en liberté, il lui impose d'habiter en un lieu déterminé. Il peut plus facilement vérifier sa réinsertion dans la vie quotidienne et ses déplacements dans la ville de résidence. Il continue à lui imposer des mesures restrictives de liberté, qui restreignent sa liberté d'aller et venir et sa liberté d'installation, en contradiction avec les exigences de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, article 5 et *Protocole n°4*, article 2.

De manière négative, par des conseils insistants, le juge impose des mesures de surveillance et des mesures de contrôle- 132-43. Il demande à l'ancien condamné de « s'abstenir » de venir dans certains lieux ou locaux. Il exige en particulier, de la part d'une personne condamnée pour violences ou attentats sur mineurs, de ne pas paraître dans des lieux où se trouvent des mineurs- 131-36-2- 1°. Il lui conseille également de « s'abstenir » d'entrer en relations avec des mineurs ou d'exercer une activité professionnelle ou bénévole « impliquant un contact habituel » avec des mineurs- 131-36-2- 2° et 3°. Il veut éviter au condamné libéré de retrouver les circonstances qui pourraient favoriser sa rechute criminelle. Est-il certain que ces mesures portant atteinte à la liberté individuelle garantie par la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, article 5, sont respectées de manière pratique ? Comment peut-il vérifier de manière continue la circulation et les actions des personnes subissant de telles restrictions, même équipées d'un bracelet électronique ? Ne risque-t-il pas de décider de mesures de sûreté plus déclaratoires que satisfaisantes ? Ne découvre-t-il pas les limites de son pouvoir d'imposition des peines, face à un condamné bercé par la douce musique de la liberté et des Droits de l'Homme ?

Les prescriptions de nature médicale

Le *code pénal de 1994*, à travers l'article 131-36-3, exige que le condamné se soumette à l'obligation du suivi socio-judiciaire. Il précise que les mesures d'assistance imposées au condamné libéré « ont pour objet de seconder ses efforts en vue de sa réinsertion sociale ».

Le juge peut imposer l'injonction de soins aux condamnés sexuels ou en récidive- 131-10, 131-36-4, alinéa 1. Il espère par ce moyen endiguer les mauvaises pulsions et les fuites déraisonnables vers la délinquance et la criminalité. Il assure le condamné de subir « un suivi médical et psychologique adapté »- *code de Procédure pénale*, 763-7, alinéa 1. Il soumet le condamné à des mesures de surveillance et d'assistance « destinées à prévenir la récidive » pendant une durée maximale de 10 à 30 ans- 131-36-1, alinéa 2. En particulier, il peut décider d'un placement sous surveillance électronique mobile- 131-36-9, pour assurer la traçabilité de l'ancien condamné. De manière prophylactique, le juge peut, avec l'assentiment du condamné, imposer des soins de nature médicale, c'est-à-dire de nature psychologique voire pharmacologique- *CPP*, 763-3, alinéa 3- 131-36-4. La *loi du 10 mars 2010* exige même que le condamné pour crimes sexuels soit condamné à suivre un traitement avec des médicaments inhibiteurs de la libido. Le législateur autorise le juge à l'application des peines à mettre fin de manière anticipée au suivi socio-judiciaire, « dès lors qu'il apparaît que le reclassement du condamné est acquis »- *CPP*, 763-6, dernier alinéa. Il paraît avoir fort peu de considération pour l'ingrate mission des psychiatres et des thérapeutes peu enclins à poursuivre une coopération avec une Justice qui les maltraite.

Le législateur du XXI^e siècle insiste sur la nécessité d'éviter la rechute des condamnés dans la criminalité. Il suit la voie tracée par la théorie de la défense sociale nouvelle. Il s'efforce d'empêcher le condamné de nuire à l'avenir à la société. Il cherche également à soigner le condamné considéré comme un malade qui s'ignore mais à fort degré de dangerosité sociale. Il fait montre de commisération pour le criminel mais minore en partie le caractère rétributif de la peine. Il prend le risque de porter atteinte au cœur de la Justice pénale, dont la mission est de protéger les personnes et d'assurer la sécurité de l'Etat.

OBSERVATIONS TERMINALES

De 1810 à 2010, le législateur français en matière criminelle et pénale s'efforce d'adapter le droit de la répression aux transformations et aux évolutions de la société. Il accompagne le code pénal dans un mouvement permanent d'adaptations et de réformes aux évolutions de la société. Il développe de nouvelles qualifications délictuelles ou criminelles, en fonction de nouveaux comportements et de nouvelles technologies innervant la vie des citoyens- chemins de fer, presse, informatique, voire bioéthique protégée par la *loi du 6 août 2004*. Il définit de nouveaux crimes et délits nés de la

détermination criminelle de personnes enserrées dans la criminalité trans-étatique d'origine terroriste ou ordinaire.

Le législateur est conduit également à dépénaliser certains comportements, dont la dangerosité change de sens sous les coups des transformations médicales, psychologiques et sociales.

En revanche, il lui faut affecter une peine à chaque nouvelle infraction, en recourant à la banque de données des peines connues jusqu'alors. Il peut également réfléchir à de nouvelles orientations de la criminalité en les inscrivant à l'intérieur du principe-cadre de nuisibilité. Il lui est loisible, en fonction des critères retenus, de définir et de délivrer de nouvelles peines : jours- amende, travail d'intérêt général, stages de citoyenneté ou de sensibilisation à la sécurité routière.

Le législateur français du XXI^e siècle doit prendre garde à ne pas délégitimer la Justice, pour ne pas la transformer en un simple outil de médiation sociale et juridique. Il doit lui conserver sa mission régalienne et régulatrice de l'ordre public et de la sécurité intérieure de l'Etat. Il doit empêcher que la logique horizontale d'une justice négociée et privatisée ne vienne se substituer à la logique verticale d'imposition de la Justice publique.

Le législateur du XXI^e siècle constate enfin l'eupéanisation progressive de la législation criminelle et pénale des Etats membres de l'Union Européenne. Il souhaite que, 200 ans après le *code pénal de 1810*, l'Europe dispose d'un seul droit pénal européen, mis en œuvre par un Parquet européen capable de coordonner et d'unifier progressivement les juridictions nationales- *Traité de Lisbonne, consolidé, 2008*, article 86. Il connaît déjà la force des directives et des lois- cadres européennes pour établir des règles minimales- en matière délictuelle et criminelle, *Traité, op.cit.*, 83,1,- ainsi la *loi du 4 juillet 2004* portant des dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice.

Le législateur français du XXI^e siècle souligne avec netteté le caractère incontournable de la législation pénale d'origine nationale et européenne, facteur de sécurité intérieure et extérieure des Etats membres de l'Union Européenne.

L'INFLUENCE DU CODE PÉNAL DE 1810 EN EUROPE

*La séance est présidée par Henri-Claude LE GALL,
président de la Cour de justice de la République,
conseiller honoraire à la Cour de cassation*

*Henri-Claude LE GALL,
président de séance*

Les conquérants emportent, dans le fracas des armes, la quiétude de leurs religions.

L'islam s'est répandu dans toute l'Afrique du Nord à la suite de la conquête arabe. Dans le sillage des conquistadors espagnols et portugais, les jésuites ont évangélisé l'Amérique du Sud qui constitue, aujourd'hui, l'un des principaux bastions du catholicisme. Au XIX^e siècle, les européens ont investi le continent africain, apportant, avec eux, missionnaires et pasteurs, qui ont converti les peuples colonisés, selon le cas, au catholicisme ou au protestantisme.

Ainsi, vont de pair le sabre... et le goupillon.

De même, vont d'un même pas le glaive...et la balance.

Napoléon, en s'imposant par les armes à tous les pays voisins, a fait essaimer, dans toute l'Europe, le droit français.

C'est le code civil, le plus ancien des codes napoléoniens, qui a exercé la plus grande influence sur les droits de l'Europe continentale. Les petits derniers, le code pénal et le code d'instruction criminelle, qui datent de 1810, sont "nés trop tard, dans un monde trop vieux". Leur influence a été beaucoup plus réduite.

Néanmoins, le professeur Sergio Vinciguerra, de l'université de Turin, va rechercher pour nous quelle a pu être l'influence du code pénal de 1810 en Italie.

Le professeur Franz-Stefan Meissel, de l'université de Vienne, nous présentera ensuite quel a été l'impact de ce code sur les législations des pays d'Europe centrale.

Monsieur le professeur Vinciguerra vous avez la parole...

L'INFLUENCE DU CODE DE 1810 EN ITALIE

Sergio VINCIGUERRA,
professeur à l'Université de Turin

1. *Projets, législation et codification pénale en Italie dans les années qui vont du début de la Révolution française à l'entrée en vigueur du code 1810.* – Le code pénal 1810 et son jumeau, le code d'instruction criminelle, ont marqué un tournant décisif dans la justice pénale de l'Europe continentale.

Les juristes européens les regardent encore aujourd'hui avec intérêt et respect, et c'est important de les connaître pour quelqu'un comme moi, qui n'est pas un historien du droit mais qui étudie le droit pénal positif, convaincu qu'il faut toujours regarder derrière nous afin de comprendre notre présent et pour en tirer, si c'est possible, quelques enseignements sur la façon de nous comporter. Ce principe vaut aussi pour comprendre et évaluer les raisons culturelles qui ont déterminé le détachement partiel des codifications italiennes du modèle français au XIX^e siècle.

Le code de 1810, en effet, n'avait pas pris au dépourvu les juristes italiens. Dans les années qui vont du début de la révolution française à l'entrée en vigueur de ce code, le panorama pénal italien est riche de projets et d'abandons. Ceux-ci sont liés aux premières aspirations à l'indépendance nationale, aspirations déçues, dont ces projets, dans l'intention des juristes italiens qui en étaient les auteurs, devaient être l'expression législative.

Parmi eux il vaut la peine de rappeler, pour l'influence qu'ils ont exercée sur la législation pénale postérieure, les projets élaborés à l'intérieur de l'entité étatique qui a porté dans un premier temps le nom de République Cisalpine (de 1797 à 1802), puis de République Italienne (de 1802 à 1805) et enfin de Royaume d'Italie (de 1805 à 1814). Il s'agit des projets de code pénal de 1801, 1806 et 1809.

C'est surtout le projet de 1806 qui a eu une influence en dehors des confins politiques du royaume et au-delà de la fin du régime napoléonien grâce à la publication soignée qui en a été faite, avec les travaux préparatoires, par le juriste et homme politique qui en fut l'inspirateur, Giuseppe Luosi (1735-1830). Il s'agit d'une publication qui révèle dès son titre une claire attention à l'égard de l'autorité politique française. Cette œuvre est intitulée *Collezione dei travagli sul codice penale del regno d'Italia*, c'est-à-dire « Collection des travaux sur le code pénal du Royaume d'Italie », où le mot « travagli » est une mauvaise traduction du mot français « travaux », qui aurait pu être mieux traduit par le mot italien « lavori ».

Mais l'œuvre des pénalistes de ces années ne se limita pas à des projets. En ces années virent le jour des lois importantes comme les Lois Organiques Judiciaires (1797) et la loi de la République italienne du 25 février 1804 sur les homicides, les blessures et les vols, qui n'ont pas eu de chance dans leur application. En ces années virent aussi le jour nos premiers codes pénaux : en 1797 à Vérone, qui s'était affranchie avec ses environs de la République de Venise (où un texte qui a les caractéristiques d'une transition resta en vigueur quelques mois, jusqu'à la paix de Camp-Formio et fut oublié jusqu'à sa redécouverte, au milieu des années 90 du XX^e siècle). Des codes pénaux furent promulgués en 1807 à Lucques ; en 1808, à Piombino, et, toujours en 1808, à Naples, où il sera remplacé en 1812 par le code pénal français.

Il s'agit en général d'œuvres dans lesquelles la culture pénaliste nationale se manifeste par des accents d'originalité et d'autonomie parfois plus importants que ceux qui sont présent dans les codifications postérieures qui, comme nous verrons, seront influencées, parfois de façon considérable, par des modèles extérieurs, en particulier par le code français.

2. *La survivance en Italie du code 1810 après la dissolution de l'Empire français et sa valeur de modèle pour les codifications pénales pré unitaires.* – Ce processus de codification, qui s'est développé sous la haute direction et la surveillance de l'autorité politique française, a été cependant conduit par des juristes italiens, jusqu'à ce qu'il s'interrompe en 1811 avec l'entrée en vigueur du code napoléonien. Pendant les quelques années qui séparent sa promulgation de la dissolution de l'Empire, le code 1810 est resté en vigueur sur toute l'Italie péninsulaire, dont les territoires avaient été incorporés à l'Empire ou appartenaient soit au Royaume d'Italie, soit au Royaume de Naples où Joachim Murat avait succédé à Joseph Bonaparte. Seules la Sicile, qui était restée aux Bourbons, et la Sardaigne, où les Savoie s'étaient retirés, sont restées étrangères au code 1810.

L'expérimentation de son efficacité fut très probablement un facteur qui a contribué à en conserver le prestige dans les années qui ont suivi la dissolution de l'Empire. Selon le témoignage de l'historien Carlo Botta (1766-1837), qui écrit dans la moitié des années vingt du XIX^e siècle, « les routes devinrent sûres, et ce fut un grand bienfait »¹. Et on ne peut pas dire que le code 1810 ait été accueilli avec indifférence, même en Toscane (milieu hostile à la culture pénaliste française, je reviendrai sur le point) où on se préoccupa de fournir une traduction privée en langue italienne du code de 1810. Cette traduction fut faite par Carmignani (1768-1847) qui, dans les années suivantes, définira ce code comme un « droit plus militaire que social »

¹ BOTTA, Storia dei popoli italiani dall'anno 300 dell'era volgare sino all'anno 1789, III, Livorno, 1826, p. 720.

et qu'il critiqua, surtout au sujet de la classification des infractions et de la tentative¹.

Ce fut très probablement son efficacité qui conduisit à prendre la décision politique de laisser survivre le code de 1810 à la chute de l'Empire et à la Restauration et de le conserver jusqu'à la fin de la décennie, lorsqu'il fut remplacé par d'autres codes. C'est ce qui advint aussi dans les territoires qui avaient appartenu au Royaume de Naples et dans le Duché de Parme, Plaisance et Guastalla.

Dans les territoires qui avaient appartenu au Royaume de Naples, le code de 1810 fut conservé jusqu'au 1^{er} septembre 1819, lorsqu'un nouveau code pénal entra en vigueur pour tout le royaume (donc pour la Sicile aussi) avec le code civil, le code de commerce et deux codes de procédure, qui constituaient autant de parties d'une même loi, le « code pour le Royaume des Deux-Siciles », mise au point en quatre ans seulement. Quant au Duché de Parme, Plaisance et Guastalla, il avait été confié à Marie-Louise d'Autriche, qui avait été l'épouse de Napoléon mais qui était aussi la fille de l'empereur d'Autriche François I^{er}. Dans ce Duché, où elle vécut jusqu'à sa mort en 1847, le code pénal resta en vigueur jusqu'à la fin de 1820 (sous réserve de quelques modifications entrées en vigueur le 1^{er} avril 1819), lorsqu'il fut remplacé par un nouveau code promulgué le 5 novembre 1820 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1821.

Mais si le code napoléonien quitte la scène dans les territoires italiens, son influence culturelle ne s'affaiblit pas. Il resta le modèle de référence des codifications pénales italiennes du XIX^e siècle, au moins jusqu'en 1890, lorsque le code Zanaredelli entra en vigueur avec d'indubitables signes d'autonomie et d'originalité par rapport aux expériences précédentes.

Plus précisément, nous pouvons constater que l'influence française est plus intense lorsque les codes italiens sont plus proches dans le temps du modèle français. Lorsque les années passent, son influence tend à s'affaiblir à cause de la présence des autres codes promulgués après lui, qui attirèrent l'attention, alimentèrent le débat culturel et offraient des exemples d'une expérience italienne différente. Cette constatation n'est pas démentie par le code piémontais de 1859, car c'est une simple mise à jour du code précédent, qui remontait à 1839, mise à jour rendue nécessaire pour adapter le code à la Constitution de 1848, en y introduisant quelques accents de constitutionnalisme libéral, et pour en éliminer quelques âpretés afin d'en faciliter l'accueil dans les territoires annexés par le Piémont après la deuxième guerre d'indépendance. Nous pouvons donc considérer comme d'inspiration française les codes des Deux-Siciles (1819), de Parme (1820), des États de l'Église (1832) et les deux codes sardo-piémontais de 1839 et 1859.

¹ COLAO, *Il codice penale francese in Toscana. Prime note e indicazioni di ricerca*, Codice dei delitti e delle pene per Regno d'Italia (1811), Padova, 2002, CCXLII et s.

En ce qui concerne le code criminel pour les États de la maison d'Este (promulgué en 1855, entré en vigueur le 1^{er} mai 1856 et bouleversé par l'issue de la deuxième guerre d'indépendance et l'annexion au Piémont), il faut faire un exposé à part. Dans ce code, en effet, l'influence française n'est pas seulement filtrée par celle des autres codes italiens, elle est aussi concurrencée (et c'est le seul cas en Italie) par celle des codes autrichiens de 1803 et 1852 – influence déterminée par des raisons politiques, car le Duché de Modène gravitait dans l'orbite politique autrichienne.

L'autre code resté étranger à l'influence française est le code toscan de 1853, qui fut largement influencé par le code de Bade (1845), qui avait été traduit en langue italienne par l'auteur du code toscan, Francesco Antonio Mori¹. En Toscane, une solide tradition juridique locale qui remonte aux réformes du Grand Duc Pierre Léopold (1786) s'était formée, et ces réformes étaient passées à l'histoire, entre autre, du fait de l'abolition de la torture judiciaire et de la peine de mort.

Dans la littérature pénale toscane entre l'époque napoléonienne et la Restauration il n'y a pas eu d'allusions considérables à la législation française, et cette froideur a continué tout au long du XIX^e siècle, au cours duquel, parmi les pénalistes toscans, se distinguent Carmignani et Carrara. J'ai déjà fait une petite allusion au jugement de Carmignani sur le code de 1810. De Carrara (1805-1888) je rappelle seulement que, lorsque sa plume ne s'acharnait pas contre « la France autoritaire et féroce dans sa violence »², il appréciait la révolution de juillet pour la « lutte contre les barbaries de l'ancien régime qui ont survécu dans le code napoléonien »³, mais plus paisiblement il constatait « la persistance chez nos législateurs de la fascination fatale de s'adresser à la France lorsqu'on cherche le type de quelque nouvelle loi pénale »⁴. Les intellectuels se défoulaient, mais cela ne correspond pas à d'autres parties de l'Italie, où il n'y avait pas cette froideur, comme le démontrent les codes des Deux-Siciles (1819), de Parme (1820), des États de l'Église (1832) et les deux codes sardo-piémontais de 1839 et 1859. Pourtant, même si ces derniers étaient dans l'ensemble fidèles au modèle français, ils ne se limitaient pas à une servile imitation. Ils ont donné vie à un cadre que l'on peut définir comme une coexistence d'imitation et d'originalité.

Examinons donc brièvement les principales lignes de convergence par rapport au modèle français, ensuite nous verrons les variations introduites.

3. *Influences du code de 1810 sur les codifications pénales pré unitaires.* – Du point de vue du *projet de codes*, le législateur de l'époque napoléonienne a donné une importante leçon aux générations suivantes, c'est-à-dire la nécessité que le droit pénal de fond et le droit pénal de forme ne

¹ *Sur l'argument*, v. VINCIGUERRA, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, Codice penale pel granducato di Toscana, Padova, 1995, CLIX et ss.

² CARRARA, *Codicizzazione*, Opuscoli di diritto criminale, II, 6^e éd., Firenze, 1909, 225 (236).

³ CARRARA, *Confronti storici, I. Riforma del codice penale francese e progetto italiano*, Opuscoli di diritto criminale, VI, 5^e éd., Firenze, 1905, 399 (402).

⁴ CARRARA, *Confronti storici ...*, 400.

soient pas renouvelés séparément mais ensemble, et donc qu'ils soient réformés ensemble pour entrer en vigueur ensemble.

Outre les considérations d'opportunité pratique, comme celle de ne pas briser l'unité de la politique criminelle, à laquelle contribuent dans une mesure égale droit substantiel et procédure, il existe aussi des sérieuses raisons d'ordre théorique favorables à l'intime connexion entre le droit pénal de fond et le droit pénal de forme : une connexion qui n'est présente au même degré en aucun autre secteur de l'ordre juridique.

Dans le droit privé il existe une masse imposante d'expérience juridique qui se développe en dehors du procès. Il suffit de penser à la quantité d'actes juridiques privés dans lesquels s'appliquent les prévisions normatives abstraites et par rapport auxquelles le procès - subordonné au cas que naît entre les parties un litige autour de ces actes - représente une pure éventualité. La même considération peut être faite pour le droit administratif, où seulement une très petite quantité d'actes arrive à la phase juridictionnelle. La plus grande partie de l'expérience juridique de ce secteur prend sa forme au dehors d'une quelconque intervention judiciaire.

Le droit pénal est à l'opposé. En dehors du procès pénal, aucune expérience juridique pénale n'est possible, puisque c'est seulement à travers le procès qu'il est possible de concrétiser la prévision abstraite de la norme pénale. En droit pénal, il n'y a aucune expérience juridique en dehors du procès, et donc droit de fond et procédure doivent être construits en prêtant attention à tous les deux, donc ensemble.

L'heureuse union entre code pénal et code d'instruction criminelle fut imitée dans les codifications italiennes successives : des Deux-Siciles, de Parme, des États de l'Église et même dans celle de la maison d'Este, mais se perdit dans les codifications piémontaises, pour être retrouvée seulement dans les deux codes de 1930. Après quoi l'union s'est à nouveau perdue. Et ces codifications de la procédure, que nous pouvons définir comme « séparées », n'ont en général pas réussi.

Si nous regardons à l'intérieur des codes, nous trouvons beaucoup d'influences françaises.

En premier lieu, *influences sur système des infractions*.

a) La distinction des *types des infractions* entre crimes, délits et contraventions, et leur *identification* selon l'espèce de peine prévue (sauf dans le code des États de l'Église qui était moniste et ne connaissait que les délits) n'était pas appréciée par Carmignani, qui l'a définie comme « une manière erronée et abusive de fournir l'idée de l'infraction de l'ordre avec la peine assignée »¹ ; Pellegrino Rossi ne l'appréciait pas non plus, selon qui « la division des actes punissables en crimes, délits et contraventions, division tirée du fait matériel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule... l'esprit du code et du législateur. C'est dire au public : ne vous embarrassez pas d'examiner la

¹ CARMIGNANI, Scritti inediti, VI, Lucca, 1852, 35.

nature intrinsèque des actions humaines ; regardez le pouvoir : faut-il couper la tête à un homme, concluez-en que cet homme est un grand scélérat. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du code entier par la lecture de l'art. 1^{er}»¹.

Critiques injustifiées. Le choix de l'espèce de la peine ne précède pas la qualification du fait, il la suit. C'est le législateur qui doit choisir la peine appropriée à la gravité du fait. La référence à la peine offre à l'interprète un critère irremplaçable pour établir l'espèce de l'infraction devant laquelle il se trouve. À cet égard, l'application du code Zanardelli, qui avait abandonné ce critère et suivi ses critiques, rencontra de nombreux problèmes, disparus dans l'application du code Rocco, qui était retourné au critère du code de 1810.

b) Une autre convergence regardait la *systemation des infractions selon leur « offensivité »*, c'est-à-dire selon les intérêts qu'ils lésaient (crimes contre ...; délits contre ...) : c'était ainsi dans les intitulés des titres, tandis que les intitulés des chapitres et des sections se référaient pour la plupart synthétiquement aux faits. Comme dans le code français, dans les codes italiens ces infractions sont ordonnées selon une progression qui commence par les intérêts publics et arrive aux intérêts privés : on part des intérêts relatifs aux fonctions souveraines ou corrélés à la souveraineté pour arriver ensuite aux crimes et délits contre les intérêts privés. C'est un modèle qui durera longtemps en Italie. Il sera présent des codifications pré unitaires jusqu'au code de 1889, puis au code de 1930 qui est encore aujourd'hui en vigueur, même si le texte original a subi de nombreuses modifications.

Ce modèle provoque l'absorption de la protection des intérêts individuels dans la protection des fonctions souveraines ou d'intérêts publics : par exemple, l'injure faite contre un officier public n'est pas une offense à la personne, aggravée par la qualité publique de la victime, mais c'est un crime portant atteinte à l'administration publique (avec une dénomination propre : l'outrage). Il appartiendra à la jurisprudence de récupérer au cours des ans la nature « plurioffensive » de l'outrage (et des crimes à l'intérieur desquels, de la même façon, coexistent l'atteinte à des intérêts publics et à des intérêts privés) en restituant sa position processuelle à la personne offensée par l'infraction.

c) Les codes italiens ont suivi aussi certains choix systématiques du code de 1810, pas très convaincants du point de vue logique, comme celui de *commencer le code avec les normes sur les peines*, pour passer ensuite à celles concernant l'infraction. Il est vrai que de l'espèce de la peine dépend la qualité de l'infraction, mais il est aussi vrai que la peine est la conséquence de l'infraction. Des cinq codes que nous considérons ici, seulement un s'en éloigne, celui des États de l'Église, qui ne s'occupe des peines qu'à partir de l'article 50, après avoir posé les règles générales sur le délit.

¹ ROSSI, Traité du droit pénal, Bruxelles, 1835, 33.

Le modèle français a aussi influencé *le régime des infractions*.

Pour des raisons compréhensibles je me borne à signaler quelques dispositions concernant leur régime général (ce que nous appelons aujourd'hui la « partie générale » du droit pénal).

a) La non rétroactivité de la loi pénale et la rétroactivité de la loi pénale plus douce, prévues dans la loi de promulgation du code de 1810 pour régler sa succession à la législation pénale précédente, ont été reprises dans l'acte d'approbation du code des États de l'Église et insérées dans les codes piémontais de 1839 et de 1859 comme règle de validité générale.

b) Nous allons voir que sur la tentative les codes italiens ont introduit un régime plus articulé que le régime français, mais qui sera toujours fondé sur le principe français selon lequel la tentative est une exécution partielle du crime.

c) L'art. 64 du code pénal (« Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ») a été reproduit, avec quelque variante qui n'en altérerait pas le sens, dans le code des Deux-Siciles de 1819 (à l'art. 61 et 62) ; dans le code de Parme de 1820 (à l'art. 62) ; dans le code albertin de 1839 (à l'art. 99) et dans le code sarde de 1859, qui a repris l'article 99 du code albertin dans son article 95.

d) Même le silence sur l'individualisation des infractions dont on est responsable pour faute, qui restait confiée à la jurisprudence, a été conservé. Il en est allé aussi de même pour la définition de la faute, qui a été reproduite avec la référence exclusive à l'homicide, aux blessures et aux coups, comme dans les articles 319 et 320 du code de 1810.

e) Comme dans les articles 327 et 328 du code de 1810, les faits justificatifs constitués par l'ordre des autorités et la légitime défense ont été prévues uniquement pour l'homicide, les blessures et les coups.

4. *Innovations des codes pénaux pré unitaires par rapport au code de 1810.* – Pour ce qui concerne les innovations introduites par les codes italiens qui les ont éloignés du modèle français, il faut rappeler tout d'abord celles qui concernent la tentative, le concours de personnes dans le délit, la commination des peines et la classification des infractions. Elles ont commencé avec le code des Deux Siciles et se sont précisées dans les codes ultérieurs.

a) Les codes italiens, tout en admettant la définition française de la tentative comme début d'exécution, n'ont pas soumis la tentative de crime et de délit à la même peine que celle de l'acte consommé (articles 2 et 3 du code de 1810), mais ont prévu une peine moindre. Tous, à la seule exception du code de Parme (voir l'art. 77 et suivants), ont prévu deux figures de crime imparfait, en distinguant le cas où l'action a été complètement commise mais sans que le résultat ait été atteint pour des causes indépendantes de la volonté de l'auteur (crime ou délit *tentato*) et le cas où l'action n'a pas été

complètement commise (crime ou délit *mancato*) : dans cette deuxième hypothèse l'atténuation de la peine était plus grande que dans la première¹.

Tous ne punissaient pas l'interruption volontaire de la tentative du crime et du délit (ce qui est aujourd'hui le désistement : voir l'art. 56 alinéa 3 du code pénal italien), à la seule exception du code de Parme, qui l'ignorait, et du code des États de l'Église qui l'envisageait comme une circonstance atténuante majeure².

b) Pour ce qui concerne le concours de plusieurs personnes au même délit, le code pénal distinguait entre auteurs et complices. Les complices étaient définis comme ceux qui avaient provoqué la commission du crime, donné des instructions pour sa commission, fourni des moyens ou prêté aide ou assistance en connaissance de cause (art. 60), et ceux qui avaient recelé en connaissance de cause des choses provenant du crime ou du délit (art. 62). La discipline se basait sur les deux principes de l'emprunt de criminalité et de l'emprunt de pénalité. L'idée selon laquelle « la criminalité de l'acte du complice emprunte la criminalité de l'acte de l'auteur principal » impliquait qu'auteurs et complices fussent punis de la même peine (art. 59).

Dans les codes italiens, ce régime a été considérablement modifié. Ils punissent le recel comme un crime autonome, en l'extrayant de la complicité. Ils enrichissent la typologie française de la participation avec la catégorie du *mandant*. Sauf le code des États de l'Église, tous les autres ont adouci la rigueur du régime et ont différencié la position des concurrents par la prévision d'une peine moindre pour ceux qui dont la contribution au fait n'avait pas eu d'importance, parce que même sans elle le fait aurait été commis quand même. De plus, afin de différencier ultérieurement la position des concurrents et d'éviter que l'« aplatissement » des sanctions induit par l'emprunt de la pénalité empêchât de tenir compte de la spécificité des situations personnelles, les codes italiens (sauf celui des États de l'Église) ont disposé que les circonstances constituées de situations personnelles (aggravantes comme atténuantes) ne se communiquent pas aux concurrents. Enfin, pour éviter une punition trop sévère du concurrent qui ignorait les situations aggravantes relatives à la conduite matérielle tenue par l'auteur principal, le code napolitain (à l'art. 77) et celui des États de l'Église (à l'art. 15) en ont exclu la communicabilité aux concurrents qui les ignoraient.

Dans le système pénal italien cette disposition a connu des alternances. Le code sarde-piémontais de 1859 ne la connaissait pas, elle fut reprise dans le code Zanardelli (à l'art. 66), puis supprimée par le code Rocco. Pour rentrer dans l'ordre juridique elle a dû attendre la dernière décennie du XX^e siècle : en effet, c'est seulement avec l'art. 3 de la loi n. 19/1990 que la communication des circonstances aggravantes a été conditionnée au principe

¹ Il s'agit de la doctrine de ROMAGNOLI, *Genesi del diritto penale*, Opere edite ed inedite di G.D. Romagnoli sul diritto penale con annotazioni di A. De Giorgi, Milano, 1841, 208 et ss.

² V. les art. 69 et ss. du c.p napolitain ; art. 9 et ss. du c.p des États de l'Église, 101 et ss. du c. p. sarde de 1839 et 96 et ss. c.p sarde de 1859 ; 43 et ss. du c.p. toscan ; 66 et ss. du c.p. de la maison d'Este

de la culpabilité, en la soustrayant au régime de responsabilité objective auquel le texte original de l'art. 118 alinéa 1^{er} du code pénal l'avait soumise.

c) Les codes autrichiens et le code pénal de 1810 avaient substitué à la peine fixe du code de 1791 la commination selon une amplitude légale parfois trop large et qui avait considérablement accru l'incertitude sur la décision du juge et son pouvoir discrétionnaire. Il arrivait même que cette méthode sacrifiât la proportionnalité de la peine à la gravité du fait, comme l'avait fait avant elle la peine fixe. Par exemple, le code utilisait très souvent, jusqu'à en faire la peine criminelle ordinaire, la peine des travaux forcés à temps qui pouvait varier d'un minimum de cinq ans à un maximum de vingt ans (art. 19)¹. La même ampleur de l'intervalle se constatait dans l'interdiction d'exercice des fonctions publiques (art 185).

Le code des Deux Siciles donna au problème une réponse originale, inspirée par les projets milanais de code pénal de 1806 et de 1809, qui avaient perfectionné la méthode de prévision de la peine adoptée dans la loi de la République Italienne du 25 février 1804 et qui consistait dans sa « graduation ». Ce choix a été fait par tous les codes italiens, sauf le toscan, et il s'est donc appliqué tout le long du XIX^e siècle jusqu'au code Zanardelli, qui a préféré la méthode du code toscan, semblable à l'actuel. En Europe il a été suivi en Espagne qui l'a abandonné seulement avec le code de 1995.

Dans sa formulation la plus élaborée, due aux codes des années 30 – celui des États de l'Église, le code militaire de la maison d'Este (1832) et le code albertin (1839) – la graduation de la peine était structurée ainsi. Dans la partie générale était posée l'amplitude légale propre à chacune espèce de peine. Cet intervalle était divisé en « sub-intervalles » ou degrés, dont la durée était égale à une fraction de la durée légale de la peine ; dans la partie spéciale, la norme incriminatrice établissait l'espèce de peine et son degré, à l'intérieur duquel le juge déterminait discrétionnairement la peine correcte.

Aux degrés de la peine faisait aussi référence le système des circonstances, en ce sens que la présence d'une ou plus d'entre elles déterminait la fluidité de la peine (en augmentation ou en diminution) selon un ou plusieurs degrés et – à l'intérieur de l'intervalle légal de la peine propre au degré – sa quantification était à la discrétion du juge. Enfin, la loi déterminait l'ordre de gravité des peines pour le cas où la fluidité des degrés provoquerait le passage d'une espèce de peine à une autre.

d) Quant à la classification des infractions, les codes italiens l'établirent en liaison avec des intérêts de catégorie, ce qui les inscrivait dans une logique de proportion et gravité absente dans le code de 1810. Celui-ci, en effet, se limitait à les distinguer en trois classes punies avec une sanction de gravité croissante.

¹ V. les art. 99, 118, 134, 140, 147, 148, 158, 165, 169, 170, 173, 198, 210, 240, 243, 251, 255, 256, 267, 280, 305, 310, 312, 317, 332, 340, 341, 355, 356, 361, 365, 385, 400, 402, 404, 432, 437, 440, 442.

D'autres divergences entre les codes italiens et le modèle napoléonien s'inscrivent dans le cadre d'une *humanisation* du système pénal inspiré des principes théorisés par Beccaria, que les pénalistes italiens considéraient un modèle. Dans cet ordre d'idées, il fut attribué une grande importance à la minorité d'âge, en introduisant un niveau inférieur couvert par une présomption absolue d'impunité¹, tandis que dans le code français on devait toujours vérifier si le mineur avait agi ou non avec discernement (art. 66 et 67). Le nombre des infractions punies de la peine capitale fut réduit. Et on constate de considérables différences avec le modèle français dans le système des sanctions. En effet, les codifications italiennes ne reprennent ni la peine de mort du parricide avec le poing droit coupé avant la décapitation (art. 13 du code de 1810) ; ni la confiscation générale, qui consistait dans la dévolution des biens du condamné au domaine de l'État (art. 37)² ; ni la marque, qui était publiquement imprimée au fer rouge sur l'épaule droite des condamnés aux travaux forcés (art. 20). Elles ne reproduisent pas non plus la catégorie des peines infamantes (carcan, bannissement et dégradation civique : art. 8) et se conforment ainsi au code des Deux Siciles, dans lequel l'alinéa de l'art. 1^{er} déclarait : « aucune peine n'est infamante ».

Cependant, si la catégorie des peines infamantes et le carcan disparaissent, les deux autres figures ont été conservées sous une dénomination différente : le bannissement sous le nom d'*exil* et les *interdictions* à la place de la dégradation civique.

Cet adoucissement du système des peines initié par le code des Deux Siciles anticipait sur des réformes qui furent ensuite introduites dans le code pénal à partir du 1824 et sollicitées même dans le milieu culturel français. À propos de la marque et du carcan Pellegrino Rossi avait écrit qu'ils étaient des « taches » destinées à « disparaître de la législation pénale d'une nation dont les mœurs sont si douces et la civilisation si fortement progressive. La France est la Toscane de l'Europe »³.

Le milieu napolitain était particulièrement sensible à cette exigence de mitigation des peines du code 1810, comme le démontre le fait que ce processus était déjà commencé sous le gouvernement de Murat. Il avait accueilli partiellement les propositions d'une Commission d'étude qu'il avait instituée et les avait fait insérer dans la traduction du code de 1810 publiée le 23 avril 1812. Avec ces modifications il entra en vigueur dans le Royaume de Naples le 1^{er} octobre suivant (après deux reports : du 1^{er} juillet au 1^{er} septembre et du 1^{er} septembre au 1^{er} octobre) et c'est avec ces modifications qu'il est resté en vigueur après le retour au pouvoir de Ferdinand de Bourbon. Plus précisément, dans cette première mitigation du code, l'amputation du poing droit du parricide avant l'exécution avait été supprimée, l'application de la marque sur l'épaule droite et le carcan avaient

¹ V. art. 64 du c. p. napolitain ; 27 du c. p. des États de l'Église ; 36 du c. p. toscan ; 57 du c. p. de la maison d'Este.

² V. art. 7, 77, 86, 87, 92 et 97 du code de 1810.

³ Rossi, Traité de droit pénal ..., 34.

été limités aux condamnés aux travaux forcés à vie et, pour ce qui concerne la confiscation générale des biens, les cas d'application avaient aussi été réduits.

Esprit humanitaire et nationalisme juridique local alimentèrent cette défiance dans le milieu méridional à l'égard d'une législation de provenance extérieure.

Le même phénomène se répéta le lendemain de l'unification nationale lorsqu'en 1861, pour faire accepter le code piémontais de 1859 dans le royaume bourbonien disparu, 7 suppressions, 27 modifications et 4 adjonctions durent être apportées.

5. *Comment furent jugées ces innovations.* – Ces divergences introduites dans les codes italiens par rapport au modèle français ont été positivement jugées, surtout celles qui étaient apportées par le code des Deux-Siciles. Dans deux écrits, respectivement de 1832 et de 1833, Mittermaier - qui, entre temps, avait salué les améliorations introduites dans le code français par les réformes de 1824 et de 1832 -, eut des mots élogieux pour la « grande amélioration » par rapport au code français due à « la conception plus légère de la peine » et à « l'échelle pénale plus complète et précise »¹ des textes italiens, fruits d'une culture pénaliste à laquelle revient la première place dans la fondation du droit pénal moderne, au point que « les Napolitains étaient des pénalistes bien meilleurs (*weit bessere*) que les Français »². En 1841 dans une revue française qui à l'époque avait une grande diffusion, il fut dit que la plus grande partie des modifications apportées au code pénal impérial, après le retour du roi Ferdinand, ont été des véritables améliorations³.

En 1845 Ortolan écrivit, à propos des pénalistes napolitains, que « l'esprit de cette école nous semble celui qui, en Europe, a plus d'analogie avec l'esprit français »⁴ et que « dès l'année 1819, se sont ainsi trouvées réalisées dans le code pénal pour les Deux-Siciles, des améliorations dont quelques-unes n'ont été effectuées chez nous que par la loi de révision de 1832 et dont plusieurs autres nous restent encore à faire, de telle sorte que nous ne craignons pas de dire que la Partie générale de notre code de pénalité est inférieure, dans son assiette et dans ces principes, à la partie correspondante du code napolitain, et aussi de la plupart des codes récemment promulgués en Europe, quoique dans la partie spéciale, nous reprenions le plus souvent une incontestable supériorité, surtout pour tout ce qui se lie à la nature et à l'esprit du gouvernement constitutionnel »⁵.

¹ MITTERMAIER, *Die Criminalgesetzgebung für das Königreich beider Sicilien, verglichen mit dem Strafgesetzbuch für Parma, Piacenza und Guastalla*, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaften und Gesetzgebung des Auslandes*, 1832, p. 112.

² MITTERMAIER, *Ueber den Zustand der Criminalwissenschaft in Italien*, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaften und Gesetzgebung des Auslandes*, 1833, p. 121.

³ DE LAVERGNE, *Naples en 1841*, *Revue des deux mondes*, 1841, p. 593.

⁴ ORTOLAN, *Criminalistes italiens. Niccola Nicolini*, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, 321 (322).

⁵ ORTOLAN, *Criminalistes italiens ...*, 332.

Avec quelques accents nationalistes, au début du XX^e siècle, en 1906, quand l'influence du code de 1810 dans l'ordre pénal italien était devenu un problème historique, Enrico Pessina (1828-1916) le résumait ainsi : «Le code pénal de 1810 fut un important monument de législation pénale positive. On peut dire qu'il fut le fondement, pour longtemps et pour nombreux codes du XIX^e siècle. Il contient des éléments de progrès par rapport aux législations pénales antérieures, et aussi l'influence du césarisme inauguré par Bonaparte. Il eut le mérite d'avoir simplifié la matière de la punition des délits ; mais il représente aussi un recul par rapport aux lois pénales de 1789 et de 1790. Dureté et cruauté furent introduites dans ses menaces pénales... En général, la note qui accompagne ce code est celle de l'intimidation au nom de la conservation de l'ordre public... La science italienne, en reconnaissant et défendant les avantages des Lois de la France, ne les accueillit pas servilement, et les soumit à un examen attentif. Au contraire, elle remarqua à temps les vices et les imperfections qui dérivait d'une part des conditions spéciales du peuple au sein duquel elles étaient apparues, et d'autre part de l'exagération du principe d'intimidation... Les lois françaises furent donc soumises en Italie à la transformation qui provenait de la pensée scientifique ; et cela fut un remède salutaire, puisque il y avait beaucoup de matière hétérogène par rapport aux traditions italiennes, car c'était une législation étrangère »¹.

Vues avec les yeux d'aujourd'hui et épurés des accents de nationalisme juridique avec lesquels elles furent vécues, ces lointaines vicissitudes documentent une riche circulation d'idées entre juristes européens, circulation dont tout le monde avait tiré avantage : un modèle à ne pas oublier dans la difficile construction de l'ordre juridique de l'Union Européenne que nous sommes en train de vivre.

¹ E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Milano, 1906, 539 (576-578).

LE CODE DE 1810 ET LE DROIT PÉNAL EN EUROPE CENTRALE

Franz-Stefan MEISSEL,
professeur à l'Université de Vienne

Le comité organisateur de ce colloque m'a fait l'honneur de m'inviter pour traiter de l'influence du code pénal en « Europe centrale » et je l'en remercie beaucoup. Il faut de prime abord clarifier la dénomination géographique « Europe centrale ». Elle n'est pas sans équivoque. L'expression « Europe centrale » fut utilisée pour la première fois en 1808 par le géographe prussien Johann August Zeune - elle date donc de la même époque que le code pénal, dont on célèbre aujourd'hui le bicentenaire¹. Selon Zeune, l'Europe centrale comprend une zone située entre l'Europe du nord et l'Europe du sud, elle n'englobe donc pas seulement l'Allemagne, l'Autriche et les régions à l'est de ces deux Etats, mais aussi la France.² Il est bien sûr évident que le titre de ma conférence ne peut pas être compris de cette façon-là.

La notion géographique d'Europe centrale a subi bien des changements depuis le XIX^e siècle. Avant la première guerre mondiale, l'Europe centrale a pour centre l'Allemagne et les territoires des Habsbourg (y compris les régions situées à l'est de l'Europe et en Pologne).³ mais si on parle aujourd'hui de l'Europe centrale, de « Mitteleuropa », on fait référence à la discussion qui, depuis les années quatre vingt du 20^e siècle, notamment pour des auteurs italiens et autrichiens⁴, évoque d'une façon mi-nostalgique et mi-utopique les territoires qui, au XIX^e siècle faisaient partie de l'empire autrichien, ou, comme on dit aujourd'hui de la monarchie « du Danube » (*Donaumonarchie*). Ainsi la notion d'« Europe centrale » dans le titre de mon propos m'invite à parler surtout de la réception du code pénal

¹ ZEUNE, Johann August, Versuch einer wissenschaftlichen Erdkunde (Berlin, 1808).

² Ainsi, on trouve dans l'oeuvre comparatiste « Étude de législation pénale comparée » (Paris, 1852), parmi les « contrées de l'Europe centrale », en premier lieu la France (p. II sq.)

³ CEDE, Peter et FLECK, Dieter, Der Mitteleuropabegriff. Entwicklung und Wandel unter dem Einfluß zeitspezifischer Geisteshaltungen [Arbeiten aus dem Institut für Geographie der Karl-Franzens-Universität Graz, Band 34 (Graz, 1996)].

⁴ Cf. p. ex. MAGRIS, Claudio, Il mito absburgico nella letteratura austriaca moderna, (Turin, 1963) / Le Mythe et L'empire dans la littérature autrichienne moderne (Paris, 1991) ; AGNELLI, Arduino, La genesi dell'idea di Mitteleuropa (Milan, 1971) ; BUSEK, Erhard et BRIX, Emil, Projekt Mitteleuropa (Vienne, 1986) ; BUSEK, Erhard (éd.), Aufbruch nach Mitteleuropa (Vienne, 1986) ; BUSEK, Erhard, Mitteleuropa (Vienne, 1997).

dans l'Empire autrichien. Dès lors je ne vais pas discuter en détail du rayonnement du code pénal français dans la Suisse romande¹ ou dans les territoires de la Rhénanie² qui ont été marqués par une réception directe et immédiate du droit napoléonien et en particulier du droit pénal et de la procédure criminelle.

Quand on pense à l'Autriche du début du XIX^e siècle, il faut prendre en considération que la monarchie des Habsbourg comptait parmi les grands pouvoirs européens à la fois en matière de population et de superficie. En 1810 la monarchie des Habsbourg comptait une population qui représentait à peu près cinquante pour cent de celle de la France napoléonienne.³ À la veille de la première guerre mondiale, le total de la population de l'empire autrichien atteint plus de 50 millions. Étant donné que l'Empire autrichien était l'une des grandes Puissances de l'Europe, les réformes engagées par Marie-Thérèse et ses successeurs avaient pour but d'établir une structure homogène et centralisée pour le droit et pour l'administration. Ces réformes du droit et de l'administration en Autriche à la fin du XVIII^e siècle sont tout à fait comparables aux réformes françaises de l'époque de Napoléon.

Quant aux efforts de codification, on peut les illustrer par la comparaison du code Civil de 1804 et de l'ABGB autrichien de 1811. Ces deux codes présentent beaucoup de convergences, au regard de leur structure et de leur contenu. En ce qui concerne une influence éventuelle du code français sur la codification autrichienne, on sait que le rédacteur principal dans la phase finale, Franz von Zeiller, connaissait très bien le code Civil ainsi que l'histoire de sa codification ; il était même au courant de la doctrine française. Néanmoins on ne peut constater une véritable influence que très ponctuellement. Grosso modo, on peut considérer la relation entre ces deux grands codes, qui sont encore en vigueur, comme un exemple d'évolution parallèle, fondée sur une base commune, en premier lieu la tradition du droit romain (*ius commune*) mais aussi l'école moderne du droit naturel (par exemple en ce qui concerne le plan du code). C'est pourquoi ces deux codes présentent un nombre important de similitudes⁴.

¹ Voir la belle allocution du Président de la Cour de Cassation de Genève lors du 150^e anniversaire du code pénal : GRAVEN, Jean, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Paris, 1960) p. 401 et suivant.

² ENGELBRECHT, Jörg, *The French Model and German Society : the Impact of the code pénal on the Rhineland*, [ROUSSEAU, Xavier, DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et VAEL, Claude (éd.), *Révolution et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales*, (Paris, 2000) p. 101 sq.].

³ *L'Almanach Impérial* (Paris, 1810), p. 846 – 847, indique : Autriche : 19 millions, France : 38 millions, Royaume-Uni : 12 millions, Prusse : 5 millions, Russie : 31, 4 millions, Italie : 6,4 millions d'habitants.

⁴ MEISSEL, Franz-Stefan, *Le code civil autrichien – contrepartie du code civil français ?* [WININGER, Bénédicte et DUNAND, Jean-Philippe, *Le droit civil français dans le droit européen* (Bruxelles, 2005) p.119 – 139].

Mais qu'en est-il de la codification du droit pénal ? Y a-t-il une influence du droit pénal français sur le droit autrichien au moment de l'entrée en vigueur du code pénal en 1810 ? Ou l'impression d'un développement parallèle se confirme-t-elle, basé sur un fondement commun ou du moins semblable relatif à l'histoire des idées ?

Histoire du droit pénal en Autriche au XVIII^e siècle

Pour déterminer s'il y a eu une influence du code pénal de 1810 sur l'élaboration du droit pénal autrichien, il est nécessaire de jeter un coup d'œil sur l'évolution du droit pénal en Autriche au XVIII^e siècle.

Comme dans le domaine du droit civil, c'est Marie Thérèse qui a donné l'ordre de codifier le droit pénal en instaurant une commission législative en 1753 (« Kompilations-hofcommission »). Contrairement au droit civil, où le *codex Theresianus* réalisé par la commission n'a pas obtenu l'approbation de la monarchie, la codification du droit pénal a été sanctionnée et publiée sous le titre de *Constitutio Criminalis Theresiana* en 1768. Dans un but dissuasif, la *Theresiana* comprenait même des illustrations des instruments de torture, mais la rigueur des sanctions prévues dans la loi a été atténuée en partie par des instructions secrètes données par Marie-Thérèse aux autorités répressives. Ainsi la sorcellerie n'était-elle plus poursuivie dans la pratique¹. Quant aux formes renforcées de la peine capitale, Marie-Thérèse ordonnait de garder l'exécution atroce de certaines peines seulement « sur le papier », afin de ne pas atténuer l'effroi dans le public. En fait, les autorités étaient tenues à agir de façon prudente et prévoyante². Cette tendance à prévoir des peines graves afin de dissuader les délinquants, peut être observée non seulement à l'époque de la *Theresiana*, mais aussi dans la pratique des codifications pénales suivantes sous Joseph II et François I^{er}. En réalité, la jurisprudence prononçait presque toujours la sanction minimum prévue et ne se servait pas de la possibilité de prononcer une peine plus sévère³.

En 1776, c'est à dire dès la corégence de Joseph II, la torture fut abolie. Parmi les conseillers de Marie-Thérèse, c'était surtout Joseph von Sonnenfels qui prit fait et cause pour une réforme du droit pénal d'après les idées rationalistes de Montesquieu et de Beccaria⁴. Sonnenfels est connu comme adversaire de la torture et propagandiste de l'abolition de la peine de mort.

¹ HARTL, Friedrich, Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, [MÁTHÉ, Gabor et OGRIS, Werner, Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert (Budapest, 1996) p.13 – 54, ici : p.20]

² Geheimes Hofdecret vom 27.11.1773 (Décret du 27 novembre 1773, HARTL, op. cit., p. 20).

³ HARTL, op. cit. p. 20.

⁴ OGRIS, Werner, Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts [BERLINGUER, Luigi, La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del settecento Europeo, X (Milan, 1990) p.459-482 = OGRIS, Werner, Elemente Europäischer Rechtskultur (Vienne, 2003) p.657 – 676.]

La peine de mort fut abolie sous Joseph II, le successeur de Marie-Thérèse, pour les procès réguliers, c'est-à-dire à l'exclusion de la juridiction militaire d'urgence. Pourtant l'opposition de l'empereur Joseph II à la peine de mort n'était pas motivée par des raisons humanitaires, mais purement utilitaristes : un mort ne servait à rien et en outre l'empereur doutait que la peine capitale pût dissuader des délinquants potentiels. En 1783 Joseph II ordonna de punir les criminels non par la peine de mort mais par une peine encore plus atroce : le transport manuel des bateaux, une tâche si pénible qu'elle causait la mort de la plupart des condamnés¹.

En 1786, un autre fils de Marie-Thérèse, le Grand Duc de Toscane Léopold promulgua un code pénal pour la Toscane qui reprenait les idées des Lumières. Son code est considéré comme le plus progressiste de l'époque. Le code pénal toscan renonçait à la peine capitale (même s'il faut noter, que la peine de mort a été réintroduite en Toscane quelques années après, en 1790, en réaction aux événements révolutionnaires de France).

En 1787, la *Constitutio Criminalis Theresiana* fut remplacée par un nouveau code pénal, le « code général des crimes et de leur punition » de Joseph II (*Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und deren Bestrafung*). Un an plus tard, en 1788, un nouveau code de procédure pénale suivit. Il y avait donc deux lois différentes, l'une pour la procédure, l'autre pour le droit substantiel.

Quant au contenu, il faut souligner que le code de 1787 réalisait déjà de manière stricte le principe de légalité d'après la maxime *Nulla poena sine lege*. La description précise des sanctions et des infractions et de leurs éléments constitutifs figurait parmi les buts de la codification. Contrairement à la *Constitutio Criminalis Theresiana*, la création de nouvelles infractions par voie d'analogie était interdite. (Encore faut-il noter que l'analogie en matière pénale n'a pas joué un rôle dans la pratique, dès l'époque de Marie-Thérèse².) Le juge criminel était lié par la loi d'une façon tout à fait stricte : Il devait s'en tenir à une interprétation littérale de la loi et prononcer exactement la peine prévue dans la loi sans avoir la possibilité d'atténuer ou d'aggraver la peine légale (Première Partie, § 13). Un autre principe fondamental du code joséphin fut le principe de la responsabilité pour faute personnelle : *Nulla poena sine culpa*. Mais l'innovation la plus radicale du droit joséphin fut le principe de l'égalité de tous les citoyens. Jusque là, il y avait une juridiction d'ordres, qui accordait des privilèges non négligeables à la noblesse. Désormais tous les individus

¹ MAASBURG, Friedrich von, Die Strafe des Schiffsziehens in Österreich (1783 – 1790) (Vienne, 1890) ; SCHMIDT, Eberhard, op. cit., p. 256. Sur le débat sur l'abolition de la peine capitale sous Joseph II cf. AMMERER, Gerhard, Das Ende für Schwert und Galgen? Legislativer Prozess und öffentlicher Diskurs zur Reduzierung der Todesstrafe im Ordentlichen Verfahren unter Joseph II (1781-1787) (Vienne/Innsbruck/Munich 2010). Cette forme de punition ainsi que d'autres peines humiliantes furent abolies par Léopold II, le successeur de Joseph II, en 1790.

² HARTL, op. cit., p. 29

étaient égaux en droits. Joseph II avait même un penchant à punir les délinquants nobles de manière encore plus sévère que les simples citoyens ou les bourgeois¹.

Les réformes continuèrent sous Léopold II et son successeur François II. Lors de la régence de Léopold II, on peut constater d'abord des efforts pour humaniser le système pénal. Ainsi, il abrogea un nombre important de peines inhumaines et dégradantes, tels que le transport de bateaux, la correction publique, la marque, l'exposition publique (la peine du carcan) et l'application des coups de bâtons ainsi que l'attachement du délinquant par une virole dans le cas de la réclusion la plus dure².

En même temps, l'absolutisme autrichien était confronté aux répercussions de la Révolution Française. Cela contribuait à une tendance réactionnaire en Autriche. Par conséquence, la peine capitale fut formellement réintroduite au cours des procès contre un groupe de « Jacobins » autrichiens. Le souci du maintien du régime absolutiste à cause de la peur d'une révolution devenait alors l'aspect central de la politique législative.

Un nouveau projet de codification fut élaboré par Matthias Wilhelm von Haan dans le cadre de la commission législative (« Hofkommission in Gesetzessachen »). Ce projet entra en vigueur en 1797 dans la partie occidentale de la Galicie, un territoire qui fut annexé par l'Autriche au cours du premier et du troisième partage de la Pologne.

Pendant les délibérations finales de la codification pénale autrichienne, Franz von Zeiller fut le principal rédacteur. La première partie du futur code de 1803, qui traite des « crimes », date de cette dernière étape de rédaction. Elle est généralement attribuée à la plume de Zeiller. La deuxième partie, qui traite des « infractions de police graves », fut rédigée par Joseph von Sonnenfels. Les travaux pour une réforme du droit pénal s'achevèrent par l'adoption d'un nouveau code pénal, le « code pénal sur les crimes et les graves contraventions de police » (« Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen ») qui fut publié le 3 septembre 1803.

Compte tenu de la chronologie de la codification pénale en Autriche qui fut achevée en 1803, une influence immédiate du code pénal 1810 (non plus que du code d'instruction criminelle) n'est donc pas concevable. Néanmoins il me semble tout à fait intéressant de comparer ces deux codifications, car leurs caractéristiques se manifestent justement dans une perspective comparative.

¹ HARTL, op. cit., p. 26

² HARTL, op. cit., p. 36 ; AMMERER, Das Ende für Schwert und Galgen, p.405.

Le code pénal autrichien de 1803 en comparaison avec le code pénal de 1810

Je voudrais rappeler d'abord que le principal rédacteur du code pénal autrichien de 1803 dans la phase terminale de l'élaboration a été Franz von Zeiller¹, connu aussi comme un des pères du code civil autrichien. En ce qui concerne ses racines philosophiques on sait que Zeiller était influencé par la doctrine jusnaturaliste et surtout par la philosophie kantienne.

Emanuel Kant justifiait la nécessité de la peine par des considérations basées sur l'impératif catégorique. Le malfaiteur qui nuit à la liberté légitime des autres doit être puni par une limitation de sa propre liberté. Selon Kant, la punition constitue une « négation de la négation ». La conception kantienne de la punition criminelle est dès lors assez rigide et proche de l'idée de la vengeance ; elle se montre tout à fait éloignée des conceptions contemporaines qui attribuent un rôle beaucoup plus important à l'aspect préventif de la peine. La tendance humanitaire des Lumières est totalement absente dans la doctrine pénale de Kant. Pourtant, l'influence de cette conception pénale kantienne en Autriche reste extrêmement faible. Elle se limite à l'idée générale d'une proportionnalité entre le crime et sa punition et dans la justification générale des peines dans l'article préliminaire du code selon lequel « tout acte illégal soumet son auteur à une responsabilité ».

En matière du droit pénal, c'est surtout la pensée du criminologue et pénaliste bavarois Paul Johann Anselm von Feuerbach qui semble avoir eu une influence importante sur la pensée de Zeiller et le code pénal autrichien. Selon Feuerbach, la justification de la peine ne réside pas dans la vengeance, mais dans la prévention générale. – On doit ajouter que Feuerbach n'était pas le premier à formuler une telle théorie, des idées semblables se trouvent déjà – au moins de façon rudimentaire - dans le manuel sur l'administration (« Polizey ») de Sonnenfels de 1765.

Selon l'approche de Feuerbach, les peines doivent servir de contrainte psychologique, c'est à dire de menace efficace qui conduit le malfaiteur potentiel à s'abstenir d'une conduite illégale. La même idée est défendue par Zeiller dans son essai sur « le but et les principes de la législation pénale » de 1806.² Cette théorie de la contrainte psychologique

¹ PAULI, Leslaw, *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, [SELB, Walter et HOFMEISTER, Herbert, *Forschungsband Franz von Zeiller* (Vienne/Graz/Cologne, 1980) p. 180 sq.] ; NESCHWARA, Christian, *Franz von Zeiller und das Strafrecht* [Journal on European History of Law (Londres, 2010) p.4 sq.].

² ZEILLER, Franz von, *Zweck und Prinzipien der Criminal-Gesetzgebung.*, [Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten I (Vienne, 1806), p.74].

présuppose que le malfaiteur tire du crime un certain sentiment de plaisir. Dès lors la menace de la sanction doit être encore plus grave afin de persuader le malfaiteur potentiel de ne pas commettre le crime envisagé. La sévérité de la sanction dépend selon Zeiller de la gravité de l'infraction commise : « Les méfaits promettent au malveillant un sentiment de volupté plus grand, plus ils lèsent les droits d'autrui. » C'est cette sensation de plaisir à laquelle on veut obvier en menaçant le malfaiteur d'un sentiment négatif, qui doit surpasser le sentiment positif qu'il aurait éprouvé lors de la commission de l'infraction.¹

Ce caractère sensuel des peines affichées dans la loi se manifeste par exemple dans la gradation de la peine de prison sous trois différentes formes, que prévoit le code pénal autrichien de 1803. Leur description précise se trouve dans une disposition éminente, le § 11 du code, qui est en même temps une expression du principe de légalité et du principe de la peine dissuasive. Dans les cas les plus graves, l'auteur de l'infraction se trouve condamné à l'isolement complet. Il avait les mains, les pieds et le ventre constamment attachés par un anneau en fer. Il n'obtenait de repas chauds que tous les deux jours, autrement on ne lui donnait que du pain et de l'eau. On doit préciser qu'en réalité cette forme de punition n'était appliquée que très rarement ; la pratique de la jurisprudence criminelle était en général beaucoup moins sévère que le texte de la loi.

Il convient toutefois de souligner que ce n'est qu'à la suite des revendications libérales de 1848 que l'empereur autrichien mit fin à certaines aggravations de la peine comme la marque, l'exposition publique au carcan et l'application de coups de bâtons, prévues par le code de 1803².

Si l'on compare la structure du code autrichien et du code français, il y a évidemment des différences formelles : le code criminel autrichien de 1803 contient le droit pénal matériel aussi bien que le droit de la procédure tandis qu'en France les deux matières sont réglées dans deux codes différents. Dans le code pénal de 1810, les infractions sont classées selon un système tripartite : le code distingue entre crimes, délits et contraventions. Au lieu de cette tripartition, le code autrichien fait la distinction entre deux catégories seulement : les crimes dans la première partie et les contraventions de police graves dans la deuxième.

Quant à l'esprit des deux codes on y trouve beaucoup plus des points communs. Le code pénal de 1810 est souvent caractérisé comme un

¹ ZEILLER, Franz von, *Zweck und Prinzipien der Criminal-Gesetzgebung*. [Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten I (Vienne, 1806), p.83].

² *Allerhöchste EntschlieÙung vom 22. mai 1848, Politische Gesetzessammlung Nr 76/1848. Le châtiment corporel par coups de bâtons a été réintroduit en 1852 et aboli lors des réformes libérales de 1867.*

« code de fer »¹. Une sévérité tout à fait semblable se trouve dans le code autrichien de 1803. Les deux codes reflètent une vision du droit pénal qui est essentiellement préventive, ils cherchent à empêcher le plus grand nombre de personnes de commettre des crimes. Du point de vue philosophique, c'est la pensée utilitariste à la façon de Jeremy Bentham qui sert de base théorique pour une approche qui est marquée par une sévérité exemplaire. Les peines se justifient par leur nécessité du point de vue préventif. Elles visent à intimider les malfaiteurs potentiels en établissant un scénario intimidant, un « théâtre de l'horreur » pour ainsi dire.

La raison de menacer les malfaiteurs potentiels de peines sévères est claire : on veut ainsi protéger l'ordre politique et social de l'État. Ce n'est pas par hasard si dans les deux codes, l'énumération des crimes commence par les crimes contre l'État et ses représentants. Ce n'est plus l'idéal de la réhabilitation du criminel et de son amendement (comme dans le code de 1791 en France) mais la répression rigide et stricte qui s'opère selon le principe de la légalité. La structure des deux codes suit l'ordre des biens protégés. En premier lieu, c'est la protection de l'ordre public qui se traduit dans un nombre impressionnant d'infractions : le code français, dans sa version de 1810, a dédié 197 articles sur 484 à la sûreté intérieure et extérieure de l'État².

L'adhésion au principe de légalité est accompagnée de la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale qui ne permet pas au juge de procéder par voie d'extension ou d'analogie. La même idée se trouve dans le code autrichien qui prévoit qu'un comportement ne peut être qualifié d'infraction s'il n'est pas explicitement énoncé comme infraction dans la loi (« *Nullum crimen sine lege* », art VI de l'introduction du code pénal de 1803).

Pour certains crimes politiques, le code français de 1810 prévoit la confiscation des biens du condamné en tant que peine accessoire. La peine capitale est prévue pour un plus grand nombre de délits par rapport au code de 1791. Dans le cas du parricide, la peine de mort est accompagnée de l'ablation du poing. La marque au fer rouge devient dans le code de 1810 la peine accessoire de toutes les peines perpétuelles et des travaux forcés à temps. À cet égard le répertoire des peines est tout à fait comparable à celui du code autrichien de 1803.

En ce qui concerne la peine de mort, le code autrichien de 1803 l'a réintroduite pour un nombre restreint de crimes : pour la haute trahison, pour l'homicide volontaire, l'extorsion violente qui conduit à un homicide, pour certains cas d'incendie volontaire et pour la contrefaçon de titres de

¹ CARBASSE, Jean-Marie, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle (2^e édition, Paris, 2006), p.439.

² CARBASSE, Jean-Marie, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle (2^e édition, Paris, 2006), p.441.

crédit. Cependant, dans la pratique judiciaire, les deux tiers des peines de mort prononcées étaient remplacées par une peine de prison par la voie du droit de grâce¹.

Autres manifestations de la sévérité du code de 1810 : la tentative d'un crime est punie de la même façon que le crime consommé (art. 2) et le complice comme l'auteur principal (art. 59). Sur ce point, la loi autrichienne est moins sévère : avoir été provoqué par une autre personne à commettre le crime (§ 39), mais aussi la simple tentative du crime (§ 40) se trouvent parmi les circonstances atténuantes. À cet égard la législation autrichienne de 1803 réalise déjà des idées qui seront introduites en France par les réformes de 1824 et surtout de 1832.

Dans le code pénal de 1810, la marge de manœuvre pour les juges est minime. Non seulement les crimes mais aussi les peines sont fixés par la loi (art 65, *Nulla poena sine lege*). Le code de 1810 reste fidèle au principe de légalité des peines. Aux juges et au jury il ne reste qu'à déterminer si le crime a été commis ou non. La rigidité du code de 1810 à propos de la détermination des peines a amené les jurys à prononcer parfois des « acquittements scandaleux » motivés par le sentiment du jury que les sanctions prévues par la loi étaient excessives. Cela a conduit aux réformes de 1824 et 1832 qui ont permis aux juges d'individualiser les peines en tenant comptes des circonstances atténuantes². Toutefois, le code de 1810 se sépare déjà de la conception mécanique de la Révolution en admettant dans plusieurs cas que le juge peut fixer la peine entre un minimum et un maximum.

En comparaison, dans le code autrichien, la liberté des tribunaux de déterminer la peine paraît plus étendue. À cet égard le code de 1803 va déjà plus loin que le code de 1810. Il limite davantage le principe de fixité des peines en prévoyant de façon généralisée des circonstances atténuantes et aggravantes. En règle générale, la loi ne fixe que le cadre de la peine. Parmi les circonstances aggravantes (§ 36 et suivants) la loi énonce la récidive, l'instigation au crime et le fait d'avoir commis plusieurs crimes. La liste des circonstances atténuantes (§ 39) contient des égards pour l'âge juvénile ou le fait d'avoir été provoqué à commettre le crime par autrui ou par une bonne occasion. Il y a aussi des considérations sociales comme un manque d'éducation ou une situation économique de lourde précarité.

Selon le code autrichien de 1803, l'instance supérieure, qui reçoit régulièrement les actes de la procédure et le jugement proposé avant la déclaration formelle du jugement, jouit en plus d'un droit de modération

¹ BERNER, *Albert Friedrich*, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland (Leipzig 1867, p.47)* ; SCHMIDT, *Eberhard*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (3^e éd., Goettingen, 1965, réimpression 1995) p.258.*

² CARBASSE, *Jean-Marie*, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle (2^e édition, Paris, 2006), p. 443.*

extraordinaire en ce qui concerne les peines. Elle peut convertir la peine capitale mais aussi les autres peines. Dans les cas où la loi prévoit une peine minimum de dix ans, le tribunal supérieur est autorisé à réduire la peine jusqu'à cinq ans au moins (§ 441) etc. De la même façon, l'instance suprême (« Oberste Justizstelle ») peut adoucir les peines.

La pratique des poursuites pénales en Autriche au XIX^e siècle, se caractérise par l'effort des autorités pour agir de manière indulgente. « De là, le droit pénal autrichien se présentait de manière tout à fait différente par rapport à ce que croit, celui qui ne veut voir que les actes punissables et les peines prévues par la loi. On peut affirmer, ... que le droit pénal autrichien, par le mode de son application, est devenu un des plus cléments parmi tous ceux qui existent, et ce non pas en contradiction avec la loi (qu'on applique), mais sur sa propre instruction et directive »¹.

On prononçait quasiment toujours la peine minimum prévue par la loi, et non la peine maximum. Le droit de réduire les peines a été exercé de façon extensive. Cependant, face aux récidivistes et aux malfaiteurs d'habitude, on agissait avec sévérité. Quand les tribunaux avaient le pouvoir de qualifier l'acte soit comme crime, soit seulement comme infraction de police grave, ils retenaient la catégorie punie le moins sévèrement, selon la pratique que le tribunal criminel de Vienne décida de suivre en 1830². En plus, un nombre considérable de réformes ponctuelles³ ainsi que les réformes de 1848 ont rendu le système pénal moins rigoureux.

Le rayonnement international du code pénal autrichien de 1803 fut moins fort que celui du code pénal français de 1810. Pourtant, il est intéressant de noter qu'il servit de modèle pour des projets de codes pénaux dans certains cantons suisses (St. Gallen, Bâle-Ville, Bâle-Campagne), mais aussi dans de nombreux pays de langue espagnole et portugaise (Espagne, Portugal, Brésil, Mexique, Chili et les Philippines)⁴. Une certaine influence du code autrichien s'est aussi manifestée en Pologne, surtout dans le duché et la république de Cracovie de 1809 à 1846 et dans le code pénal pour le royaume de Pologne de 1818⁵. Ce code pénal pour le royaume polonais était influencé à la fois par le code autrichien mais aussi par le code

¹ Cité d'après *BERNER, Albert Friedrich*, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahr 1751 bis zur Gegenwart* (Leipzig, 1867), p. 47.

² *HARTL*, op.cit., p. 38.

³ *HOEGL, Hugo*, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen I* (Vienne, 1904) p. 92 – 94 ; *HARTL*, op.cit., p. 43-44.

⁴ *BRAVO LIRA, Bernardino*, *El código penal de Austria (1803). Epicentro de la codificación penal en tres continentes*, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Valparaiso, 2003), p. 299 sq.

⁵ Pour les détails voir *PAULI, Leslaw*, *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, [SELB, Walter et HOFMEISTER, Herbert, *Forschungsband Franz von Zeiller* (Vienne, 1980), p. 189 et 190].

français de 1810 dont il a emprunté la tripartition des infractions en crimes, délits et contraventions.

Le code pénal autrichien de 1803 est resté en vigueur pendant presque cinquante ans. mais ses effets se sont prolongés bien au-delà, pendant une période beaucoup plus longue. En effet, le code de 1852 (« Strafgesetz ») - qui pendant quelques années (1852 à 1861) a été aussi appliqué en Hongrie et en Croatie – n’a fait qu’intégrer au code de 1803 les nouvelles qui avaient été édictées jusque-là¹. Et ce *Strafgesetz* de 1852 ne sera remplacé qu’en 1975, par l’actuel code pénal autrichien. Ainsi on peut constater des retentissements du code de 1803 jusqu’au dernier quart du XX^e siècle.

L’analyse comparatiste serait toutefois incomplète sans un rappel bref de la situation du droit procédural ; avant de conclure permettez-moi donc d’ajouter quelques remarques au sujet de l’évolution du droit de l’instruction criminelle.

La procédure criminelle

En matière de procédure pénale, les différences entre le droit français et le droit autrichien sont des plus marquantes. En France, selon le code d’instruction criminelle de 1808, les débats devant la Cour d’assises sont oraux, publics et contradictoires. L’accusé a le droit d’être défendu par un avocat. C’est le jury (des notables sélectionnés sur une liste préparée par le préfet et le président de la cour d’assises) qui se prononce sur la culpabilité. Les magistrats prononcent ensuite la peine prévue par la loi. La procédure autrichienne de 1803 est toujours celle de la procédure « inquisitoire », de l’exploration judiciaire du crime, c’est à dire que le tribunal est chargé de l’instruction du crime aussi bien que du jugement. Les juges sont obligés de chercher à déterminer la vérité matérielle par tous les moyens qui leur semblent appropriés (§§ 232 et suivant). L’accusé a certes le droit de se défendre lui-même, mais il n’a pas le droit de se faire assister par un avocat. Toutefois, il est fait obligation à la cour de prendre en considération tous les aspects en faveur d’une disculpation de l’accusé (§ 337). La procédure (et en particulier la communication entre le tribunal criminel et le tribunal supérieur) se déroule par écrit et à huis clos.

En droit autrichien, la torture est abolie depuis 1776, mais le code pénal de 1803 prévoit la possibilité de punir un accusé qui refuse de façon opiniâtre de répondre aux questions de la cour par un régime de carême (où il ne reçoit que du pain et de l’eau) et finalement par une bastonnade (§ 361 en conjonction avec § 359).

¹ OLECHOWSKI, Thomas, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes, 1852 [OLECHOWSKI, Thomas, NESCHWARA, Christian et LENGAUER, Alina (éd.), Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag, Vienne, 2010, p. 319].

C'est seulement au cours du XIX^e siècle que les revendications libérales conduisent lentement à l'intégration d'un jury d'assises dans la procédure pénale (en particulier pour les crimes politiques) et à une extension des droits de la défense pour l'accusé. C'est à la suite des événements révolutionnaires de 1848 qu'une réforme de la procédure pénale s'opère en Autriche. Cette réforme fondamentale de la procédure en matière du droit pénal a été une des revendications clés de la révolution de 1848 en Autriche. Suivant le modèle français, le 18 mai 1848 on introduit en droit autrichien une cour d'assises (« Geschworenengericht ») compétente pour les délits de presse. Le règlement réformé de la procédure criminelle du 17 janvier 1850 prévoit toute une série de principes procéduraux inspirés par le droit français : la procédure de jugement est désormais publique et orale, le juge statue sur la base des preuves qu'il a établies personnellement (c'est à dire de manière « immédiate »). Il n'est pas lié par des règles de preuve particulières et doit juger d'après sa propre conviction. L'influence du droit français se manifeste aussi dans la loi relative à l'organisation judiciaire du 7 août 1850, où on trouve en première instance (les tribunaux dits « Bezirksgerichte »), non seulement des juges uniques, mais aussi des tribunaux collégiaux conçues à l'exemple du système judiciaire français¹.

Mais le retour de l'absolutisme (pendant la phase « néo-absolutiste » de 1851 à 1860/61) a conduit à écarter la majorité de ces principes. Le code de procédure criminelle de 1853 ne connaît une exigence de publicité qu'au stade de la phase finale de l'instruction. Un autre élément d'inspiration française subsista néanmoins. En effet, le code de procédure de 1853 imposait à l'Etat de créer un Ministère public. Le procureur (« Staatsanwaltschaft ») devint alors un protagoniste dans le procès pénal et allait avoir comme tâche principale de se charger de l'accusation.

Après la fin de l'ère néo-absolutiste, les réformes libérales aboutissent dans le nouveau code de procédure pénale de 1873, rédigé par le professeur de droit et ministre de la justice Julius Glaser. Ce code réintroduisait l'exigence de publicité au cours de la procédure, celle de la séparation des rôles de l'accusation et du juge, l'assistance régulière d'un avocat pour l'accusé et le principe d'instruction immédiate (« Unmittelbarkeitsgrundsatz »). Pour les délits politiques, pour les délits de presse et pour les crimes les plus graves, le jugement est rendu par un tribunal d'assises qui comprend trois juges professionnels et neuf représentants du peuple, à savoir des juges non professionnels.

Après ce tour d'horizon de l'histoire de l'empire autrichien, je voudrais rappeler brièvement l'importance de l'influence du droit pénal

¹ OGRIS, op.cit., p.60, qui se réfère à RULF, Friedrich, Die österreichische Strafprozessordnung vom 23. mai 1873 (Vienne, 1874) p.34 sq.

français en l'Allemagne. Là on peut observer une véritable influence immédiate du code pénal français en Westphalie et dans les pays rhénans (où le droit pénal et la procédure pénale français subsistèrent même après 1815), et plus tard aussi en Prusse¹. Ainsi peut-on dire que le code pénal français (dans sa version atténuée et réformée par la loi du 28 avril 1832) se reflète dans le code prussien de 1851, qu'on a appelé « un monument d'inspiration française »². Ce code prussien de 1851 reprend la structure tripartite du droit français. En effet il fait une distinction entre les crimes, les délits et les contraventions. L'inspiration française se manifeste aussi dans l'adoption du système des circonstances atténuantes. Comme dans le droit français de l'époque, le complice d'un crime devait être puni en principe comme l'auteur principal et la tentative comme le crime achevé. Pourtant en ce qui concerne la fixation de la peine, la tentative était traitée de façon moins sévère en raison de l'absence d'une atteinte au bien juridique protégé par le droit pénal. Pourtant, la tentative constituait une circonstance atténuante. Ainsi, avant l'unification de l'Empire allemand, c'est par la voie du code prussien de 1851 que le système et les idées clés du droit pénal français ont exercé une influence sur la législation pénale dans un nombre important de principautés allemandes.

Résumé

En ce qui concerne le droit matériel, le code pénal de 1810 et le code autrichien de 1803 présentent beaucoup de similitudes. En raison de l'ordre chronologique de ces codifications, force est de constater qu'il n'y a pas eu d'influence directe du code français sur le code autrichien. Une proximité d'esprit est pourtant incontestable.

Cette proximité d'esprit ne peut être attribuée à une influence réciproque. Elle s'explique plutôt par un phénomène de développement parallèle et par des racines communes dans la doctrine pénale, éclairée et utilitariste de l'époque.

L'accent mis sur la protection du bien commun, la nécessité que soit transférée à l'Etat la compétence de pouvoir infliger une peine pénale à un individu, le rôle particulier du principe de dissuasion et l'importance du principe de légalité sont quelques-uns des points communs importants des deux grandes codifications pénales.

Rétrospectivement, on pourrait dire que la codification autrichienne fut même porteuse d'avenir à un égard : l'attribution d'une certaine flexibilité aux juges lors de l'application de la loi, qui, comme on l'a déjà mentionné, contenait des peines draconiennes.

¹ VORMBAUM, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Berlin, 2009), p. 72 sq.

² MARTINAGE, Renée, Histoire du droit pénal en Europe (Paris, 1998, p. 84) ; mais cf. aussi SCHMIDT, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (Goettingen, 1995) p. 319, qui relativise l'influence française

En outre, on peut bel et bien constater une influence beaucoup plus marquée de la codification napoléonienne sur la législation pénale au milieu du XIX^e siècle dans certaines principautés allemandes (Rhénanie), en Pologne, en Suisse romande ainsi que sur la législation pénale de la Prusse à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle.

C'est dans la procédure criminelle que l'influence française sur le droit autrichien du XIX^e siècle est de beaucoup la plus frappante. Les acquis d'inspiration française dans le domaine de la procédure pénale ont pris une importance toujours plus grande. Le principe de la publicité des débats, le renforcement de la position de l'accusé par l'assistance d'un avocat et l'intégration de représentants du peuple comme juges non professionnels dans le déroulement des procès par l'instauration de jurés – toutes ces innovations furent à leur tour intégrées dans le droit de la procédure en Autriche au cours du XIX^e siècle (et de façon définitive dans le code de procédure de 1873).

26 NOVEMBRE 2010

SÉNAT

ACCUEIL

***Jean-Jacques HYEST,
sénateur de la Seine-et-Marne,
président de la commission des lois du Sénat***

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen stipule que : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Cet article 8 résume, en une formule ramassée dont nous pourrions utilement nous inspirer dans la rédaction de nos lois, l'objet du droit pénal tel que le concevaient sans doute les rédacteurs du code pénal de 1810. Après la célébration du bicentenaire du code civil et du code de commerce, il convient de saluer l'initiative du premier président de la Cour de cassation, à laquelle le Sénat s'est volontiers associé, de marquer celui du code pénal de deux jours de réflexion, à la fois rétrospectifs et actuels ou prospectifs, selon le programme proposé ce jour.

Je ne saurai, tant le programme est vaste et alléchant, aborder les thèmes retenus pour cette journée. Permettez-moi toutefois de vous livrer quelques réflexions. Beaucoup regrettent la réforme permanente du code pénal, qui est pourtant justifiée par les progrès techniques ou scientifiques : il est évident que le clonage reproductif ne pouvait être un crime contre l'espèce humaine avant qu'il ne soit envisageable scientifiquement. Le même exemple se retrouve pour les crimes contre l'humanité, les incriminations en matière d'informatique. Le droit pénal doit donc s'adapter.

Le droit pénal dit spécial qui a émergé en dehors du code pénal constitue une préoccupation dans la mesure où l'homogénéité des peines est totalement aléatoire. Qu'il s'agisse de santé, d'environnement, de droit commercial ou de sociétés, chaque année apporte son lot de nouvelles incriminations qui, pour certaines, ne font l'objet d'aucune poursuite. Est-ce bien utile ? Sans doute est-il encore plus dommageable de légiférer dans ce domaine sous la pression médiatique. On ne cesse d'aggraver les peines,

d'encadrer la décision du juge pour en assurer l'effectivité, pour répondre à l'émotion de l'opinion publique devant des faits certes graves et parfois atroces. Si le sens de la peine a fait l'objet d'une longue évolution pour humaniser celle-ci, on constate parfois que le droit des victimes, longtemps oublié dans le procès pénal, devient central pour certains. Est-ce un progrès ou une régression ? Pourtant, notre droit pénal, pour permettre la réinsertion des condamnés, a cherché à diversifier les peines, l'emprisonnement n'étant plus l'alpha et l'oméga de la sanction pénale.

Qu'il me soit permis enfin d'évoquer trois sujets qui ont fait l'objet de très longs débats lors de l'élaboration du code pénal de 1992. L'abolition de la peine de mort a constitué un moment extrêmement important dans notre évolution du droit pénal et il faut toujours réfléchir aux conséquences de cette abolition. Je suis assez fier que le Parlement, avec des majorités différentes à l'Assemblée nationale et au Sénat, soit parvenu à élaborer en 1992 un texte qui, malgré tout, a fait la preuve de sa solidité. Dans ses sujets figurait la responsabilité pénale des personnes morales qui était une novation dans notre droit : ce choix, difficile, a prouvé sa pertinence et a donné lieu à une jurisprudence fournie et intéressante. Un autre sujet concerne le problème de l'irresponsabilité pénale : l'ancien article 64 était clair et amenait souvent à prononcer des décisions d'irresponsabilité. La distinction entre l'abolition et l'altération du discernement n'a-t-elle pas eu l'inverse effet de celui que recherchions ? Il apparaît parfois que, si l'altération du discernement est constatée, les peines sont aggravées ce qui n'était pas le but du législateur. La loi dite Fauchon sur l'intentionnalité de la faute a généré un grand débat, ultérieur au code pénal, au Sénat. Je pense que cette loi était nécessaire pour les responsables, qu'il s'agisse des collectivités locales ou des acteurs économiques.

Les législateurs sont rarement appréciés, souvent critiqués, mais la plus grande responsabilité dans ce domaine est portée par le juge. Le droit pénal, comme le droit civil, est révélateur de l'état de la société et des rapports humains qui visent à l'universalité, selon le grand mouvement de la Révolution française et des codes napoléoniens. Même si d'autres civilisations contestent cette approche, marquée par notre héritage philosophique, juridique et même judéo-chrétien, bien que laïcisé, cette universalité demeure un sujet majeur dans le bouleversement des valeurs et la montée d'individualismes qui menacent notre vouloir vivre ensemble.

QUESTIONS PÉNALES CONTEMPORAINES

*La séance est présidée par André DECOCQ,
professeur émérite de l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*

*André DECOCQ,
président de séance*

Nous avons à aborder, au cours de cette séance, trois thèmes : « le code pénal, une réforme toujours en cours » ; « le code pénal face aux progrès techniques et scientifiques » ; « l'interprétation de la loi pénale par le juge ». Le mouvement caractérise donc les sujets de cette matinée.

En 1810, la société française a besoin de stabilité ; elle sort alors d'une tempête sans précédent, qui a jeté bas des institutions plusieurs fois centenaires et d'où les institutions nouvelles ont peiné à émerger. Effet pervers ou, comme on dit à présent, collatéral, de cette crise : la malhonnêteté et le crime, corruption au sommet, brigandage à la base, ont prospéré, particulièrement sous la Convention thermidorienne et le Directoire. Il importait de restaurer l'ordre et de garantir la sûreté publique. Comme en matière civile, l'empereur Napoléon I^{er} a su donner cette stabilité au pays tout en retenant des idées nouvelles ce qu'elles avaient de positif et de fécond par un code pénal dont les termes ont longtemps tenu face aux évolutions du XIX^e siècle. Seules, en effet, quelques retouches lui ont été apportées jusqu'au XX^e siècle. Aujourd'hui, nous nous trouvons en présence d'un nouveau code qui ne consacre pas une situation de stabilité. Des valeurs qui étaient celles de la société française, oserai-je dire : depuis Clovis, c'est-à-dire depuis 1500 ans, sont remises en cause. Par la force des choses, le code entré en vigueur en 1994 n'est pas fixe, mais en mouvement, d'autant plus que les innovations techniques et scientifiques (en y incluant la communication électronique et « l'ingénierie financière ») offrent aux scélérats de multiples occasions de nuire à autrui. Un code qui n'est pas sûr de ses valeurs et que dépassent des évolutions rapides appelle une réaction du droit qui s'efforce de s'adapter à la réalité. Par la loi, bien sûr, mais aussi par l'interprétation jurisprudentielle.

Tous ces éléments vont nourrir notre réflexion.

LE CODE PÉNAL : UNE RÉFORME TOUJOURS EN COURS

Yves MAYAUD,
agrégé des facultés de droit,
professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

L'intitulé de notre intervention nous place au cœur d'une réalité qui ne surprendra pas les juristes. Le droit est en perpétuel mouvement, porté par des besoins d'évolution d'autant plus sensibles, qu'il se doit de traduire les attentes d'une société toujours en quête de réponses, angoissée qu'elle est par le spectre du « vide juridique »...

Le code pénal n'en est pas exclu, ce qui pourrait être vécu comme un facteur de découragement, après tous les efforts entrepris sur plus de vingt années pour en reconsidérer l'architecture et la facture. Comment admettre que la matière qu'il couvre de son autorité, de sa nouvelle légitimité, depuis l'imposante réforme opérée par les lois du 22 juillet 1992, entrées en vigueur le 1^{er} mars 1994, ait encore besoin de refontes ? Mieux encore, son contenu renvoie à une criminalité ou à une délinquance naturelle, et les remises en cause sont rares sur ce terrain, contrairement aux délits artificiels. Pour rejoindre ce que, à sa manière, il recoupe des grands commandements du Deutéronome, il apparaît bien surprenant qu'il ait besoin de s'inscrire dans une continuité de démarche destinée à le rendre plus performant encore. Et pourtant, tel est bien le cas... Le code n'a jamais cessé d'être revisité, repris, reconsidéré, et les acteurs du droit, après l'acquis d'un remaniement total, n'ont pas abandonné ce qu'il représentait de chantier toujours ouvert, de promesses en attente, voire d'alignement souhaitable. Non pas que les lois de 1992 eussent été défailtantes - on connaît l'opportunité et le sérieux du travail entrepris, servi par les meilleurs pénalistes -, mais parce que, dans la course qu'ils se livrent, le fait a toujours une longueur d'avance sur le droit, ce qui impose au droit de redoubler d'effort pour rejoindre le fait.

C'est à cette difficile relation que le code pénal se doit d'être livré à de constantes révisions ! Notre propos ne sera pas d'en faire un inventaire, ce qui serait fastidieux et inutile. Il tentera de révéler les grandes tendances des différents changements entrepris, ou du moins, sans les appréhender toutes, de dégager quelques voies sensibles permettant d'en extraire la substance. C'est donc à un travail, moins de restitution, que de décantation, que nous voulons procéder, parce qu'il est primordial de remonter le cours des années qui nous séparent de 1992, afin d'assimiler et de comprendre ce qui a finalement animé,

et continue d'animer, au fil de cette courte histoire, les réformes de la Réforme...

En fait, le code pénal est doublement affecté par ces réformes. Il l'est d'abord en termes de *désaveu*. Sa substance subit ici une sanction certaine, pour ne pas être conforme à ce qu'elle devrait être... Désavouer, c'est réprouver, censurer. Par le désaveu, le code est dénoncé comme « mauvais », au nom d'une version meilleure ou plus légitime, ce qui conduit à la non-application, voire à la disparition pure et simple, de la disposition ou référence en cause. Cette méthode n'est pas la seule, fort heureusement, ce qui serait assez négatif. Le code trouve d'autres justifications aux réformes qui l'affectent, en termes d'*amendement*. La solution consiste alors, non plus à sanctionner ce qui est, mais à l'enrichir, par des appoints ou compléments, qui trouvent leur principe dans le suivi d'une politique répressive adaptée.

Tels seront les deux grands axes de notre réflexion, le premier consacré à un code pénal désavoué (I), le second à un code pénal amendé (II).

I - LE CODE PÉNAL DÉSAVOUÉ

Par le désaveu, le jugement porté sur le code est critique. Certes, à toute réforme correspond nécessairement une part de réserve, mais celle qui accompagne le désaveu est affecté d'un coefficient de rejet plus marqué, en rejoignant en quelque sorte l'intolérable, ou l'indésirable... Depuis 1994, notre code est soumis à deux sources de désaveu, l'une « normative », inscrite dans ce que le respect des règles supérieures impose parfois de correction (A), l'autre « prétorienne », qui tient aux initiatives de l'autorité judiciaire elle-même (B).

A - LE DÉSAVEU NORMATIF

Le désaveu normatif renvoie à toutes les hypothèses de censure d'un article du code pénal, au nom de données qui, dans la hiérarchie des normes, sont placées au-dessus de ce qu'il représente, quant à lui, de loi ordinaire. On devine de suite quelles normes sont en cause, qui, par leur portée supérieure, peuvent aboutir à pareille sanction : il s'agit d'abord de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensuite de la Constitution.

a) *Le désaveu conventionnel*

Le code pénal est naturellement soumis au respect de la Convention européenne des droits de l'homme, et cet impératif n'est pas sans aboutir à certaines décisions qui ont pour effet de remettre en cause la légitimité de ses dispositions.

Du fait de son application directe en droit interne, la Convention est souvent invoquée pour détruire le principe même d'une disposition considérée comme non respectueuse de nos engagements européens. Le juge répressif trouve en elle un appui lui permettant d'aller jusqu'à rejeter certaines formules

d'incrimination. Certes, ce rejet n'a qu'une portée relative, à la mesure de l'autorité de la chose jugée, mais la résistance judiciaire traduit ce que le code peut éventuellement contenir de formules imparfaites, avec pour conséquence une remise en cause de leur existence. Le délit de harcèlement moral, par exemple, tel que défini à l'article 222-33-2 du code pénal, est l'objet de telles réserves, certaines juridictions jugeant volontiers qu'il n'offre « aucune garantie réelle quant à la prévisibilité des poursuites pénales », ce qui le place dans une situation d'incompatibilité avec l'article 7 de la Convention relatif au principe de la légalité des incriminations¹.

Si le désaveu vient de la Cour européenne elle-même, le code pénal est censuré de façon plus solennelle. La France a été condamnée sur le fondement de l'article 4 de la Convention, relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, pour violation des obligations positives qui lui incombaient en ce domaine : la Cour de Strasbourg a considéré que les articles 225-13 et 225-14 du code pénal, qui sanctionnent les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, ne répondaient pas à cette positivité, pour avoir une portée trop restrictive, et que notre législation pêchait ici par omission². Le Parlement a d'ailleurs revu sa copie, par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile³. C'est dire combien les sources européennes sont importantes dans le mouvement de réformes qui a suivi et continue à suivre le code pénal. Elles sont le garde-fou d'une légitimité incompressible, pour s'inscrire au plus haut niveau de nos engagements.

Il est un autre support de légitimité, la Constitution, dont la référence se double aujourd'hui d'une plus grande efficacité.

b) Le désaveu constitutionnel

La Constitution est au sommet du système répressif, au même titre que la Convention européenne des droits de l'homme. Elle porte le code pénal dans sa dimension consensuelle, pour en fonder le principe sur des bases politiques et juridiques non négociables. Le code doit la respecter, ainsi que tout ce qui fait « bloc » avec elle, particulièrement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

L'effectivité de ce respect est assuré par le Conseil constitutionnel, qui ne manque pas, dans le cadre d'un contrôle *a priori*, d'être régulièrement saisi. Cette année 2010 en témoigne, avec trois lois sensibles : la loi n° 2010-

¹ TGI Auch, 24 août 2006, AJ pénal 2006, p. 449 ; Rev. sc. crim. 2006. 841, obs. Cerf-Hollender. - Opposer : Montpellier, 4 sept. 2008, JCP 2008. IV. 2962.

² CEDH, 26 juill. 2005 (Siliadin c/ France), JCP 2005. II. 10142, note Sudre. - Sur la dimension interne de l'espèce : Crim. 11 déc. 2001, Bull. crim. n° 256 ; Dr. pénal 2002. 65, obs. Véron ; Gaz. Pal. 2002. 2. 1721, note Y.M. ; Rev. Jur. Personnes et famille, 2002, n° 4, p. 10, note Lepage ; Rev. sc. crim. 2002. 324, obs. Mayaud.

³ L'article 225-4-1 du code pénal, qui incriminait la traître des êtres humains depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, a été complété de manière à en étendre les dispositions à toutes les manifestations d'exploitation d'autrui, non seulement au profit d'un tiers, mais encore à son profit personnel.

201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, et la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Ces trois textes ont été soumis à un contrôle de constitutionnalité, contrôle qui en a confirmé la solidité, du moins relativement aux dispositions intégrées dans le code pénal¹.

Le code est donc sous surveillance, et une surveillance qui risque fort de s'amplifier, à la mesure de la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité, telle que mise en place par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République. S'agissant d'un contrôle *a posteriori*, qui se greffe sur une instance en cours devant une juridiction, la procédure se prête particulièrement à des reconsidérations pouvant avoir le code pénal pour objet. Si les premières applications soumises à la Chambre criminelle sont surtout relatives à la procédure, il importe de ne pas négliger ce qu'elles pourraient également inspirer de contestations en droit pénal de fond.

Le désaveu normatif est une menace très forte pour le code pénal, mais une menace salutaire. Deux fois centenaire, le code est nourri de principes constitutionnels², et les procédures que nous venons de retracer ne peuvent que les renforcer, à l'avantage d'un droit pénal exemplaire. En revanche, l'exemplarité n'est peut-être pas toujours la marque du désaveu prétorien...

B - LE DÉSAVEU PRÉTORIEN

Le prétorien est à sa manière une force de désaveu. Sa résistance au code pénal est une réalité, pour s'ériger en correcteur de la loi. Au nom de son double pouvoir d'interprétation et de qualification, le juge verse volontiers dans une relecture des textes, leur donnant une portée qui revient à les priver de leur légitimité. Deux illustrations nous serviront de support, deux modes de désaveu, l'un par restriction, l'autre par neutralisation.

a) La restriction

Nous voulons revenir ici sur une jurisprudence qui a fait couler beaucoup d'encre, relative à la protection pénale du fœtus, en rapport avec le délit d'homicide involontaire. La question soulevée n'est pas liée à l'interruption volontaire de grossesse, qui relève d'un dispositif propre, intégré dans le code de la santé publique, en rapport avec l'objectif sanitaire ou médical qui peut en justifier le principe. Le code pénal est en cause, en

¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 (JO, 3 mars 2010). - Décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010 (JO 10 août 2010). - Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 (JO 12 octobre 2010).

² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, n° 112, pp. 118 et s.

référence à l'article 221-6, s'agissant de savoir si l'auteur d'une imprudence peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il a provoqué la mort du fœtus. Ainsi du chauffard éméché, à l'origine d'un accident de la circulation, ou encore d'un médecin ou chirurgien, dont l'incompétence ou les défaillances sont la cause du décès.

La protection de la vie est en jeu, une vie qui a toujours été comprise, du moins jusqu'à ces dernières années, comme englobant celle du fœtus, sauf à réserver une condition de viabilité destinée à marquer une humanité distincte de la mère¹. Mais cette solution « déclarative » est aujourd'hui remise en cause. Par un revirement brutal, la Cour de cassation s'est engouffrée dans une jurisprudence de désertion de la loi, posant pour principe que l'enfant en gestation n'est pas une vie digne de protection. Elle s'est prononcée en ces termes en Assemblée plénière dans un arrêt du 29 juin 2001 : « *Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* »². La Haute juridiction a eu l'opportunité de confirmer depuis sa position. Sa logique est la suivante : soit l'enfant n'est pas né vivant, et la qualification d'homicide involontaire sur sa personne ne saurait être retenue, sa mort serait-elle le résultat des fautes perpétrées par le prévenu³ ;

¹ Douai, 2 juin 1987, Gaz. Pal. 1989. I. 145, note Doucet ; JCP 1989. II. 21250, note Labbé ; Rev. sc. crim. 1989. 319 et 740, obs. Levasseur. - Reims, 3 févr. 2000, D. 2000. 873, note J.-Y. Chevallier ; Dr. pénal 2000, n° 54, obs. Véron ; Gaz. Pal. 2000. I. 1106, note Bonneau ; JCP 2000. II. 10406, note Fauré. - Versailles, 19 janv. 2000, inédit, sauf à se reporter au moyen de cassation reproduit dans Crim. 25 juin 2002 : D. 2002. 3099, note Pradel ; JCP 2002. II. 10155, note Rassat ; Dr. pénal 2002, chron. 31, concl. D. Commaret, et comm. 93, obs. Véron ; Petites affiches, 10 sept. 2002, note B. Daille-Duclos.

² Cass. ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. n° 165 ; Bull. inf. C. cass. 2001, n° 540 (1^{er} août 2001), concl. Sainte-Rose, et rapp. Sargos ; D. 2001. 2917, note Y. Mayaud ; JCP 2001. II. 10569, rapp. P. Sargos, concl. Sainte-Rose, et note Rassat ; ibid. 2002. I. 101, n° 21, obs. Murat ; Gaz. Pal. 2001. 2. 1456, note Bonneau ; ibid. 2002. I. 85, concl. Sainte-Rose ; ibid. 2002. 2. 998, note S. Monnier ; Dr. pénal 2001, chron. n° 34, obs. Demont ; RTD civ. 2001. 560, obs. Hauser ; Rev. sc. crim. 2002. 97, obs. Bouloc [rejet du pourvoi contre Metz, 3 sept. 1998, JCP 2000. II. 10231 (2^e arrêt), note Fauré].

Sur l'amorce de cette solution par la Chambre criminelle elle-même, Crim. 30 juin 1999, n° 97-82.351 (aff. Golfier), Bull. crim. n° 174 ; D. 1999. 710, note Vigneau ; ibid. 2000. Somm. 27, obs. Mayaud, et 169, obs. Desnoyer et Dumaine ; JCP 2000. II. 10231 (1^{er} arrêt), note Fauré ; Gaz. Pal. 1999. 2. 676, note Bonneau, et 1999. 2, chr. crim. 139, obs. Doucet ; Petites affiches, 17 nov. 1999, note Debove ; Dr. pénal 2000. 3, obs. Véron ; Rev. sc. crim. 1999. 813, obs. Mayaud (cassation de Lyon, 13 mars 1997, D. 1997. 557, note Serverin ; JCP 1997. II. 22955, note Fauré ; Dr. pénal 1997. Chron. 22, obs. Puigelier ; Defrénois 1997, art. 36578, p. 640, note Malaurie).

³ Cass. crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. n° 144 ; D. 2002. 3099, note Pradel ; ibid. 2003. Somm. 243, obs. Mirabail, et 660, obs. Planckeel ; JCP 2002. II. 10155, note Rassat ; Dr. pénal 2002, chron. 31, concl. D. Commaret, et comm. 93, obs. Véron ; Petites affiches, 10 sept. 2002, note B. Daille-Duclos ; Gaz. Pal. 2003. I. 481, note Bonneau ; Rev. sc. crim. 2003. 95, obs. Mayaud. - Adde : O. Sautel, *Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002*, D. 2002, Point de vue, p. 2475. - Cass. crim. 4 mai 2004, n° 03-86.175, Bull. crim. n° 108 ; D. 2004, p. 3097, note Pradel, et Somm. p. 2754, obs. Roujou de Boubée ; Rev. sc. crim. 2004. 884, obs. Mayaud. - Cass. crim. 27 juin 2006, n° 05-83.767, D.

soit au contraire il est né vivant, et les poursuites sont possibles¹, l'enfant serait-il mort quelques minutes après sa naissance des atteintes qu'il a subies alors qu'il était encore dans le sein de sa mère².

Cette alternative est déroutante, qui revient à nier ce qui s'inscrit pourtant dans la continuité : la vie *in utero*, laquelle est rejetée, alors qu'elle est le soutien de la vie révélée par la naissance... La Cour de cassation procède ici à un désaveu partiel de l'article 221-6 du code pénal, à un désaveu par restriction, ce qui est d'ailleurs relevé et dénoncé par la quasi-unanimité des auteurs. La vie a perdu de sa valeur intrinsèque, alors que, par ailleurs, le droit en affirme solennellement le respect³, tout comme sont des références implicites à ces mêmes affirmations les strictes conditions mises à l'interruption volontaire de grossesse. Le désaveu est bien réel, qui passe par une négation de l'évidence...

b) La neutralisation

Le désaveu peut aller jusqu'à la neutralisation totale d'un article du code pénal, l'équivalent, en quelque sorte d'une abrogation pure et simple... Il est sur ce chapitre une illustration intéressante : celui de l'empoisonnement. Incriminé à l'article 221-5 du code pénal, l'empoisonnement est une infraction intentionnelle, et c'est dans le cadre d'une action délibérément orientée vers la mort de la victime que le crime se consomme, ce qui en fait une infraction tributaire de l'*animus necandi* au même titre que le meurtre⁴. La difficulté n'est pas dans la définition de l'intention, mais dans ce qui est à même de l'établir concrètement. Le bon sens impose de tenir pour une preuve suffisante et complète le fait que l'auteur ait eu la connaissance du caractère mortifère des substances administrées, doublée de la volonté de les utiliser malgré tout. Adhérer à un processus de mort, par la connaissance que l'on a du caractère mortel de ces substances, c'est en soi rejoindre l'intention, l'*animus necandi*, la volonté de donner la mort, et point n'est besoin de la rechercher par d'autres moyens d'investigation ou de conviction, qui ne peuvent que faire le jeu des mobiles⁵. La preuve directe et spéciale de la volonté du résultat est donc

2007, Pan., p. 403, obs. Mirabail (rejet du pourvoi contre Metz, 17 févr. 2005, JCP 2005. IV. 2465).

¹ Cass. crim. 23 oct. 2001, n° 01-81.030, Bull. crim. n° 217 ; Dr. pénal 2002. 27 (1^{er} arrêt), obs. Véron ; Gaz. Pal. 2002. I. 365, note Petit ; Rev. sc. crim. 2002, p. 102, obs. Mayaud, et p. 320, obs. Bouloc.

² Cass. crim. 2 déc. 2003, n° 03-82.344, Bull. crim. n° 230 ; D. 2004. 449, note Pradel ; AJ pénal 2004, p. 118, obs. Pitoun ; JCP 2004. II. 10054, note Rassat ; Dr. Famille 2004. 26, obs. de Lamy ; Dr. pénal 2004. 18, obs. Véron ; Rev. sc. crim. 2004. 348, obs. Mayaud. - Adde C. Puigelier, *L'homicide involontaire d'un nouveau-né*, Gaz. Pal. 2004. I. Doctr. 858.

³ C.civ., art. 16. - CEDH, art. 2.

⁴ Crim. 18 juin 2003, n° 02-85.199, Bull. crim. n° 127 ; D. 2004, p. 1620, note Rebut, et Somm., p. 2751, obs. Mirabail ; ibid. 2005, p. 195, note Prothais ; JCP 2003. II. 10121, note Rassat ; Dr. pénal 2003, comm. 97, obs. Véron ; Rev. sc. crim. 2003. 781, obs. Mayaud. - Adde : V. Malabat et J.-Ch. Saint-Pau, *Le droit pénal général malade du sang contaminé*, Dr. pénal 2004. Chron. 2.

⁵ Très nettement en ce sens : Paris, 13 juill. 1993, D. 1994. 118, note Prothais ; Gaz. Pal. 1994. I. Doctr. 173 ; Rev. sc. crim. 1995. 349, obs. Mayaud.

inutile dans l'empoisonnement, parce qu'elle est à l'évidence contenue dans la connaissance des propriétés mortifères des produits administrés.

Mais la Cour de cassation ne partage pas cette logique. Elle l'a rejetée dans la douloureuse affaire du sang contaminé, dans la continuité d'une jurisprudence préalablement amorcée en ce sens¹, avec pour conséquence de réduire l'empoisonnement à un simple meurtre... La qualification est de ce fait neutralisée, puisque sa spécificité est niée, ce qui revient à en désavouer le principe².

Telles sont les manifestations, parmi d'autres, qui témoignent de l'existence de désaveux accomplis ou possibles affectant le code pénal. En ce sens, il est bien vrai que notre code est en constante réforme, pour être l'objet d'importantes remises en cause, qui vont jusqu'à priver ses articles de la portée répressive que le législateur a entendu leur donner. Qu'il s'agisse de désaveu normatif ou de désaveu prétorien, le code est sanctionné dans son contenu, corrigé dans ses imperfections, ou ce qui est présenté comme telles, et c'est finalement sous un jour assez négatif qu'il traverse le temps... Fort heureusement, il est par ailleurs l'objet de retouches plus positives.

II - LE CODE PÉNAL AMENDÉ

Le mouvement de réformes qui accompagne le code pénal depuis sa refonte opérée par les lois de 1992 n'est pas fait que de désaveux, ce qui serait particulièrement inquiétant. Il rentre dans des initiatives plus classiques, par une reconsidération normale de la matière, que dicte l'évolution des sensibilités, tant politique que sociale. Le droit pénal n'est pas une discipline figée, et le code qui porte son nom en témoigne, pour être régulièrement complété, modifié, revisité, à des fins, non de plus de censure négative, mais d'amélioration ou de maintenance positive. C'est à cette action que renvoie l'amendement qui nous retient, dont les manifestations sont doubles, qui affectent à la fois les principes de responsabilité (A) et les principes de répression (B).

A - L'AMENDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ

¹ *Crim.* 2 juill. 1998, n° 98-80.529, *Bull. crim.* n° 211 ; *D.* 1998. 457, note Pradel ; *ibid.* 2000. *Somm.* 26, obs. Mayaud ; *JCP* 1998. II. 10132, note Rassat ; *ibid.* 1999. I. 112, n° 3, obs. Véron ; *Gaz. Pal.* 1999. I. 13 ; *Rev. sc. crim.* 1999. 98, obs. Mayaud. - Adde : A. Prothais, *N'empoisonnez donc plus à l'arsenic !*, *D.* 1998, *Chron.*, p. 334. - F. Courtray, *De l'empoisonnement en matière de contamination sexuelle par le V.I.H.*, *Petites Affiches*, 21 oct. 1998, n° 126.

² *Un désaveu confirmé par le recours à la qualification d'administration de substances nuisibles (c. pén., art. 222-15) dans les affaires de transmission intentionnelle du virus du sida par relations sexuelles non protégées : Rouen, 22 sept. 1999 : JCP 2000. IV. 2736. - Crim. 10 janv. 2006, n° 05-80.787, Bull. crim. n° 11 ; D. 2006, jur., p. 1096, et Pan., p. 1652, obs. Mirabail ; Dr. pénal 2006. 30, obs. Véron ; Rev. sc. crim. 2006. 321, obs. Mayaud (Rejet du pourvoi contre Colmar 4 janv. 2005 : D. 2005. 1069, note Paulin). - Crim. 5 oct. 2010, n° 09-86.209, D. 2010, p. 2519, obs. Bombled. - Adde : A. Prothais, *Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ?*, *D.* 2001. *Chron.* 2053 ; *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal*, *D.* 2006. *Chron.* 1068.*

On pourrait penser que la responsabilité pénale relève de solutions posées depuis longtemps, et que le code pénal ne connaît que de réformes ponctuelles, affectant davantage le droit pénal spécial que le droit pénal général. Ce n'est pas tout-à-fait le cas. Même sur le terrain spécial, il est, par la convergence de certaines nouveautés, un enseignement à retirer, engageant la philosophie de la matière, et donc sa dimension générale. Deux voies opposées se dessinent à ce titre, l'une de dépénalisation, l'autre, au contraire, de pénalisation.

a) La dépénalisation

Par la dépénalisation, le code pénal a connu quelques replis majeurs. L'œuvre est commune à la loi et à la jurisprudence. L'une et l'autre, à leur manière, ont apporté une contribution à ce qui restreint le champ de la responsabilité, la première en réduisant la place de la non-intention, la seconde en élevant les droits de la défense au rang des faits justificatifs.

1°) La réduction du champ non intentionnel

Afin de rentrer dans des solutions plus clémentes et plus justes, une importante et légitime dépénalisation a été opérée sur le terrain non intentionnel à l'initiative de M. le sénateur Pierre Fauchon. La remise en cause a été radicale, par le législateur lui-même, de solutions qui avaient pourtant inspiré des choix à la faveur d'une longue préparation et d'une mûre réflexion. On y verra une concession à l'humilité et à la mobilité : à l'humilité, pour accepter que des options récentes soient finalement reconsidérées par l'effet d'une plus grande sagesse ; à la mobilité, pour rejoindre ce que porte en elle toute discipline juridique, à savoir un besoin permanent d'adaptation.

Deux lois ont été adoptées, la première du 13 mai 1996¹, plus incitative que normative, la seconde du 10 juillet 2000², quant à elle nettement plus contraignante, qui a modifié la définition des infractions en cause. Il faut dire que la matière était devenue abusivement répressive, trop adossée qu'elle était à des préoccupations indemnitaires³, et que, même inspirée par une volonté de réponse particulière à la situation des décideurs publics, une réforme à l'usage de tous s'imposait, dont on peut mesurer aujourd'hui, après dix ans d'application, les retombées globalement positives⁴. Le repli du code pénal est d'autant plus sensible, que les dispositions qu'il consacrait aux délits

¹ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence (JO 14 mai 1996).

² Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels (JO 11 juillet 2000).

³ La cause de cette évolution tient en grande partie à la persistance, pendant près d'un siècle, de la théorie de « l'unité des fautes civile et pénale », telle qu'elle avait été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 18 décembre 1912 (Civ., 18 déc. 1912, D.P. 1915. 1. 17, note L. S. ; S. 1914. 1. 249, note Morel ; Gaz. Pal. 1913. 1. 107). Ce principe unitaire a dérivé vers des conséquences incontrôlées, les condamnations ayant été, moins l'expression d'une réaction répressive, que la volonté d'une couverture civile.

⁴ On se reportera aux travaux du Colloque organisé au Sénat à l'occasion du 10^e anniversaire de la loi Fauchon, le 9 octobre 2010, avec pour thème : « La responsabilité pénale pour imprudence à l'épreuve des grandes catastrophes ».

d'imprudence, particulièrement dans son article 121-3, relevaient déjà de solutions inédites par rapport à l'état antérieur du droit. C'est aux lois de 1992 que l'on doit la faute délibérée, ainsi que le délit de mise en danger, et on eût pu penser que la réflexion préparatoire à leur adoption avait en quelque sorte épuisé le sujet. Il n'en fut rien... Le législateur a jugé bon d'intervenir par deux fois, avec une réforme tous les quatre ans, ce qui montre combien le droit pénal ne s'ouvre pas spontanément aux solutions qui lui conviennent...

La non-intention a donc marqué un désengagement très net. Il mérite l'approbation, tant n'est pas évidente la compatibilité entre droit pénal et comportements involontaires, surtout lorsque les fautes poursuivies ne comptent pas parmi les plus graves. Il est alors normal de désertir la répression, sauf à l'exacerber inutilement ou à lui faire perdre sa légitimité.

2°) La promotion des droits de la défense

La Cour de cassation a une part intéressante dans le mouvement de dépénalisation qui affecte notre code pénal. Il n'est pas question de cette dépénalisation regrettable sous forme de désaveu péremptoire, mais d'une dépénalisation par la promotion d'une théorie porteuse, celle des faits justificatifs, appliquée aux droits de la défense.

L'incrimination de vol est en cause, en rapport avec des salariés qui, pour asseoir leurs prétentions en justice ou assurer une défense future, produisent des documents appartenant à l'entreprise, dont ils ont tiré des photocopies à l'occasion de leurs fonctions. Dans deux arrêts de principe du 11 mai 2004, la Chambre criminelle, d'abord favorable à la qualification¹, a fini par consentir à l'irresponsabilité pénale, directement fondée sur le caractère « *strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense* » des documents ainsi appréhendés². Ce n'est pas sur un défaut d'intention qu'est légitimée la soustraction³, mais sur ces droits eux-mêmes, érigés en motifs supérieurs d'irresponsabilité pour ce qu'ils engagent de justification⁴. La défense rejoint ici l'ordre ou l'autorisation de la loi, de la loi à son plus haut

¹ *Crim. 16 mars 1999, JCP 1999. II. 10166 (2^e espèce), note Bouretz ; D. 2000. Somm. 120, obs. Segonds ; Gaz. Pal. 1999. 1, chr. crim. 88. - Crim. 27 mai 1999, Gaz. Pal. 1999. 2, chr. crim. 122.*

² *Crim. 11 mai 2004 (n° 03-80.254), Bull. crim. n° 113 ; D. 2004, p. 2326 (2^e espèce), note Kobina Gaba, et Somm., p. 2759, obs. Roujou de Boubée ; JCP 2004. II. 10124 (1^{er} arrêt), note Girault ; Dr. pénal 2004. 122 (1^{re} espèce), obs. Véron ; Petites affiches, 23 sept. 2004, note Debove ; Rev. sc. crim. 2004, p. 635, obs. Fortis, et p. 866, obs. Vermelle. - Crim. 11 mai 2004 (n° 03-85.521), Bull. crim. n° 117 ; D. 2004, p. 2326 (1^{re} espèce), note (préc.) Kobina Gaba, et Somm., p. 2760, obs. Roujou de Boubée ; JCP 2004. II. 10124 (2^e arrêt), note Girault ; Dr. pénal 2004. 122 (2^e espèce), obs. (préc.) Véron ; Petites affiches, 23 sept. 2004, note (préc.) Debove ; Rev. sc. crim. 2004, p. 635, obs. (préc.) Fortis, et p. 866, obs. (préc.) Vermelle.*

³ *Pour une position contraire de certaines juridictions du fond : Versailles, 29 avr. 1994, Gaz. Pal. 1994. 2. Somm. 614. - Paris, 12 févr. 1996, Dr. pénal 1996. 128, obs. Véron ; Rev. sc. crim. 1996. 863, obs. Ottenhof. - Grenoble, 3 juin 1998, JCP 1999. IV. 1818. - Opposer : Paris, 25 mars 1993, JCP 1993. IV. 2148. - Limoges, 8 sept. 1998, Bull. inf. C. cass. 1999, n° 429. - Trib. corr. Poitiers, 1^{er} juin 1983, Cah. prud'h. 1983. 100.*

⁴ *Y. Mayaud, Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale, Mélanges offerts à Raymond Gassin, Presses universitaires d'Aix-marseille, 2007, p. 293.*

niveau, s'agissant de la Constitution¹ et de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est le mérite de la Cour de cassation que de l'avoir reconnu, en des termes qui engagent, non des solutions ponctuelles ou d'opportunité, mais toute l'articulation du droit pénal général.

Que la dépenalisation soit partielle ou totale, qu'elle soit le fait de la loi ou des juges, elle rentre dans une démarche de liberté, et on ne peut que s'en réjouir. Mais le code pénal doit aussi répondre à des besoins accrus de répression.

b) La pénalisation

Il est évident que le code pénal ne saurait être séparé de réformes nettement répressives. On conviendra volontiers que c'est sa vocation naturelle, et que s'en étonner serait concéder à la naïveté. Il n'est pas possible de livrer ici tout ce qu'il a intégré, depuis le 1^{er} mars 1994, de retouches, de révisions, de compléments, destinés à asseoir des réponses plus contraignantes, à la mesure d'une criminalité ou d'une délinquance elle-même plus prégnante.

Ces interventions ne sont d'ailleurs pas toutes d'une opportunité juridique évidente, telle la loi n° 2008-582 du 20 juin 2008 renforçant les mesures de prévention et de protection des personnes contre les chiens dangereux, qui vise spécialement, au titre de l'homicide involontaire et des blessures par imprudence, l'agression mortelle ou dommageable commise par un chien. Point n'était besoin de cette réforme, tout simplement parce que les articles 221-6 et suivants du code pénal sont suffisamment larges pour des décisions à la mesure de la gravité des faits. A quand les prochaines lois sur les griffures de chats, les ruades de chevaux, ou les piqûres d'abeilles ? De même, est une loi « pour rien » la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux : ce texte n'a aucun impact répressif nouveau, il ne modifie aucune des incriminations existantes, voire perturberait plutôt le jeu de leur articulation ; il ne sert que de relais à une identification criminologique et statistique, même si est affirmée la volonté louable d'un meilleur suivi des victimes.

Ces hypothèses mises à part, le code pénal est le réceptacle de lois plus productives. Il est possible d'en livrer la teneur par les grandes orientations qui les inspirent, dont trois principales méritent d'être notées, qui traduisent, et une montée de l'infraction formelle, et un recours à la circonstance aggravante, et une extension de la compétence française.

1°) La montée de l'infraction formelle

L'infraction formelle est une *infraction de comportement*, consommée par la seule action ou omission incriminée, peu importe que le résultat

¹ La défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel. - Cass., Ass. plén., 30 juin 1995, Bull. crim. n° 4 ; JCP 1995. II. 22478, concl. Jeol, et note Perdriau ; D. 1995. 513, concl. Jeol, et note Drago.

correspondant ait été ou non suivi d'effet. Les exemples ne manquent pas dans le code pénal, qui affectent des matières très sensibles. L'empoisonnement est matériellement défini comme le fait d'administrer des substances de nature à entraîner la mort (c. pén., art. 221-5), ce qui fait de ce crime une infraction consommée indépendamment de l'atteinte à la vie, pourtant recherchée ou acceptée par son auteur. Le délit de mise en danger est matérialisé par le fait d'exposer directement autrui à un risque de mort ou de blessures graves (c. pén., art. 223-1), ce risque suffisant à consommer l'infraction, qui n'est donc pas tributaire d'une mort ou de blessures effectives. Ce modèle formel est intéressant, pour fonder les poursuites sur une potentialité de dommage, non sur son effectivité. L'action ou l'omission est incriminée à la source, non dans ses conséquences. On comprend, dans ces conditions, qu'il exerce une certaine attraction auprès du législateur, lequel ne manque pas d'y avoir recours, afin de prévenir et sanctionner plus efficacement des comportements dangereux en eux-mêmes, indices d'une criminalité ou d'une délinquance avérée.

La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance en est un exemple révélateur, qui a inséré dans le code pénal l'article 222-15-1 relatif au délit d'embuscade, caractérisé par le fait d'attendre une personne dépositaire de l'autorité publique -notamment un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, ou un membre du personnel de l'administration pénitentiaire- voire un sapeur-pompier civil ou militaire, ou encore un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but de commettre à son encontre des violences avec usage ou menace d'une arme. On saisit de suite l'utilité de l'incrimination, qui compense, par son caractère formel, le défaut de tentative punissable des violences volontaires.

Plus récemment, la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public est à l'origine d'un nouvel article du code pénal, l'article 222-14-2, qui incrimine le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens.

Là encore, la nature formelle de l'infraction est une réponse utile, d'ailleurs validée par le Conseil constitutionnel¹, à une délinquance révélée par le comportement « participatif », ce qui justifie de ne pas attendre l'effectivité des violences redoutées.

On le voit, alors que la violence relève d'un constat malheureux, le code pénal lui oppose des infractions formelles. Mais, pour être avantageuse, la technique n'est pas, non plus, sans écueil. Elle se prête à des anticipations risquées, et c'est pourquoi la veille constitutionnelle est ici d'une importance capitale.

¹ *Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 (JO 3 mars 2010).*

2°) Le recours à la circonstance aggravante

La circonstance aggravante est une autre méthode de législation. Elle permet de conserver à une incrimination ses éléments de définition, tout en l'enrichissant d'une donnée qualifiée, afin de répondre à un besoin particulier de répression, lié au contexte dans lequel l'infraction est commise, aux moyens employés, à la situation des victimes, à la qualité de ses auteurs... Le Livre 1^{er} du code pénal en donne quelques définitions, relatives aux hypothèses les plus courantes, et enrichies par les lois les plus récentes (c. pén., art. 132-71 à 132-80). Elles témoignent, non seulement de l'importance de l'aggravation en tant que technique répressive, mais encore de l'attachement à certaines valeurs. Ainsi de la bande organisée, du guet-apens, du racisme, ou de l'homophobie... Toutes ces notions sont précisées dans ce qui s'y rapporte concrètement, avec à l'appui une élévation du maximum des peines encourues chaque fois que la loi y fait référence.

3°) L'extension de la compétence française

Le code pénal s'est enrichi de dispositions destinées à renforcer, par des extensions bien comprises, l'applicabilité de la loi française et la compétence des juridictions françaises à propos d'infractions commises hors du territoire de la République.

La personnalité passive est en cause, telle que retenue à l'article 113-7 du code pénal. Faisant exception à son domaine premier d'application, qui veut que la victime de l'infraction commise à l'étranger soit de nationalité française, le législateur en octroie aujourd'hui le bénéfice à des personnes qui, sans avoir la nationalité française, résident habituellement sur le territoire français. Ainsi de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, qui déclare la loi française applicable, par dérogation aux dispositions de l'article 113-7 du code pénal, aux violences criminelles et délictuelles commises à l'étranger sur une victime mineure dont la résidence habituelle est en France (c. pén., art. 222-16-2) : il s'agit, par ce texte, de renforcer la protection des mineurs contre l'excision et autres mutilations sexuelles, lorsque de tels faits sont commis à l'étranger à l'encontre d'une victime qui n'a pas la nationalité française, mais qui habite sur le territoire français. Ainsi de la loi très récente n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, qui rend pareillement applicable la loi française aux violences qui y sont visées, commises à l'étranger à l'encontre d'une personne résidant habituellement sur le territoire français, en rapport avec un refus de contracter un mariage ou de conclure une union (c. pén., art. 221-5-4, 222-6-3, 222-16-3).

Le code pénal porte les traces de ces extensions dans son Livre deuxième, en rapport avec les violences concernées. Ces réformes sont heureuses, qui font du lien résidentiel une attache territoriale méritant protection de la loi nationale. Nous ne sommes d'ailleurs pas loin d'une

compétence universelle unilatérale, de cette compétence un peu bâtarde qui a également inspiré le législateur pour permettre au juge français de connaître de crimes commis à l'étranger relevant de la Cour pénale internationale¹...

Toutes ces percées à l'avantage de la responsabilité pénale portent en elles le principe d'une pénalisation nécessaire, ce que le Conseil constitutionnel a explicitement reconnu pour les plus sensibles d'entre elles, en rapport avec la structure formelle des infractions engagées. Elles illustrent ce que le code pénal impose de révisions constantes, pour avoir à s'adapter à des besoins eux-mêmes en permanente évolution, ce que confirment les amendements plus directement opérés sur les peines.

B - L'AMENDEMENT DE LA RÉPRESSION

Le code pénal, on s'en doute, est particulièrement touché dans ses dispositions relatives aux peines. Nombreuses sont les dispositions qui ont suivi sa refonte en 1992 affectant plus particulièrement ce chapitre, et on est même impressionné par l'assiduité avec laquelle le législateur a cru bon d'intervenir : trois lois explicites sur la récidive entre 2005 et 2010², avec, s'insérant entre elles, une loi relative à la prévention de la délinquance³, une loi sur la rétention de sûreté pour les condamnés les plus dangereux⁴, une loi créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines⁵, et enfin une loi pénitentiaire⁶. C'est beaucoup pour une période aussi courte, et on peut se demander qui sort finalement vainqueur dans la confrontation du droit et de la délinquance...

Notre propos se veut plus juridique, avec pour préoccupation de restituer ces textes dans leur philosophie profonde, et d'en retirer quelques enseignements forts. Le résultat est surprenant, qui invite au constat d'une certaine confusion, faite à la fois d'un mélange détonant et d'une contradiction étonnante.

a) Un mélange détonant

Le législateur a pour juste préoccupation de ne point faire du droit pénal un instrument d'élimination, et il veille à développer des techniques destinées à favoriser « le retour progressif du condamné à la liberté » (c. pr. pén., art. 707). Pour ce faire, il a renoué avec les mesures de sûreté, dont le

¹ C. pr. pén., art. 689-11, réd. L. n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale (art. 8).

² Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (JO 13 déc.). - Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs (JO 11 août). - Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (JO 2 juill 2010.).

³ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (JO 7 mars 2007).

⁴ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO 26 févr. 2008).

⁵ Loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 (JO 2 juill. 2008).

⁶ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (JO 25 nov. 2009).

principal avantage est de ne pas relever de la nature de la peine, et donc de se prêter à la rétroactivité. Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (c. pr. pén., art. 706-53-1 et s.), surveillance judiciaire (c. pr. pén., art. 723-29 à 723-37), placement sous surveillance électronique mobile (c. pén., art. 131-36-9 à 131-36-11), toutes ces mesures ont été confirmées dans leur principe par le Conseil constitutionnel, y compris dans leur portée rétroactive.

Forte de cette caution, la loi du 25 février 2008 a tenté d'aller plus loin encore, en mettant en place la *rétenion de sûreté*, avec un régime d'enfermement « ouvert » à une durée perpétuelle, ce que n'atteint aucune peine dans sa phase concrète d'application... C'est pourquoi, le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant son appartenance aux mesures de sûreté, n'a pas validé sa rétroactivité¹... Nous sommes ici en pleine confusion, confusion que la réforme du code pénal avait eu pour préoccupation d'éviter, en se séparant par principe de la mesure de sûreté. On aurait pu penser que son retour en force eût aidé à mieux cerner la spécificité de la peine. C'est le contraire qui se passe, par un mélange de genres plutôt détonant². La Cour de cassation elle-même en a été troublée, relativement aux mesures de sûreté encourues par les personnes déclarées pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental, également consacrées par la loi du 25 février 2008 (c. pr. pén., art. 706-135 et 706-136) : elle a jugé qu'elles constituaient des « peines », et que la nouvelle procédure mise en place ne pouvait être appliquée immédiatement³, avant de se raviser quelques mois plus tard⁴... On ne saurait mieux faire état de l'incertitude dans laquelle nous sommes plongés : ce qui tient lieu de *summa divisio* pour le droit pénal ne passe pas par des critères très sûrs, loin de là...

b) Une contradiction étonnante

La loi du 24 novembre 2009, dite pénitentiaire, amplifie un phénomène de rupture qui nous place sur le terrain de la contradiction pure. Alors que la peine privative de liberté demeure, avec l'amende, la peine

¹ CC. 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, JO 26 févr. 2008, p. 3272, D. 2008, Pan., p. 2035, obs. Bernaud et Gay ; ibid. 2009, Pan., p. 125, obs. Roujou de Boubée ; Gaz. Pal. 2008. I. 391, et la note ; Rev. sc. crim. 2009. 166, obs. de Lamy ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15^e éd., 2009, n° 48, p. 816. - Adde : B. Mathieu, *La non-rétroactivité en matière de rétenion de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? A propos de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel*, JCP 2008, Actualité, n° 166 ; Y. Mayaud, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, D. 2008, Chron., p. 1359.

² Sur le classement au rang des peines, par la Cour européenne des droits de l'homme, de la détention de sûreté allemande : CEDH, 17 déc. 2009, n° 19359/04, M. c/ Allemagne, D. 2010, AJ, p. 209, obs. Léna ; ibid., 2010, p. 737, note Pradel ; JCP G 2010, n° 3, 63, obs. Sudre ; ibid., n° 12, 334, note Giacomelli.

³ Crim. 21 janv. 2009, n° 08-83.492, Bull. crim. n° 24 ; D. 2009, p. 1111, note Matsopoulou, et Pan., p. 2827, obs. Roujou de Boubée ; JCP 2009. II. 10043, note Detraz ; Rev. sc. crim. 2009. 136, obs. A. Giudicelli.

⁴ Crim. 16 déc. 2009, n° 09-85.153, D. 2010, p. 144, obs. Léna, et p. 471, note Pradel ; JCP G 2010, n° 1-2, 15, obs. Detraz, et n° 5, 117, note Mistretta ; Gaz. Pal. 2010. I. Jur., p. 807, note D. Roets, et p. 976, note Detraz.

principale de notre système répressif, du moins en termes de « peine encourue », il faut bien admettre que l'affirmation perd nettement de sa pertinence en termes de « peine prononcée » et de « peine exécutée ».

Il est d'abord un hiatus entre la peine encourue et la peine prononcée. L'article 132-24 du code pénal, qui contient le principe de personnalisation, est très explicite sur la destination de la peine d'emprisonnement. Il a été complété par la loi du 24 novembre 2009 de manière à la rendre exceptionnelle : « *En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate...* ». Jamais la loi n'a été aussi claire sur le sort qu'elle réserve désormais à la privation de liberté : son effectivité n'est comprise que comme une ultime réponse, ce qui réduit sensiblement sa vocation théorique à servir de peine principale...

Ce n'est pas tout... Même prononcé, l'emprisonnement peut échapper à l'exécution. Son aménagement s'impose, tant à la juridiction de jugement (c. pén., art. 132-25 à 132-28), qu'aux juridictions de l'application des peines (c. pr. pén., art. 707). Or, le seuil des peines aménageables a été doublé par la loi pénitentiaire, passant de un à deux ans, sauf pour les récidivistes, ce qui revient à faire basculer la quasi-totalité des décisions pénales dans l'ineffectivité¹, avec une contradiction de plus à l'appui : comment continuer, en effet, à affirmer un régime de peine principale à ce qui manifestement relève d'une proscription de la part du législateur ?

Conclusion

Le code pénal fête un bicentenaire de perpétuelle jeunesse. Il ressemble à un grand adolescent, dont les choix sont encore incertains, avec des crises majeures, des rejets de principe, mais aussi nombre de concessions à la bonne volonté, alors que les attaques de la criminalité et de la délinquance se font durement ressentir, et que les réponses ne sont pas toujours évidentes.

¹ Sur le chiffre des condamnations prononcées en 2006, 94% sont désormais aménageables... V. à ce sujet M. Janas, *Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire - Entre aménagements de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peines*, Dr. pénal 2010, Etudes, n° 1.

LE CODE PÉNAL FACE AUX PROGRÈS TECHNIQUES ET SCIENTIFIQUES

Eric DEZEUZE,
avocat, Cabinet Bredin Prat,
professeur associé à l'Université Paris Descartes

L'occasion de ces deux cents ans écoulés depuis l'adoption par la France de son deuxième code pénal nous a déjà conduits à méditer sur les empreintes que le temps et l'histoire ont inscrites sur cet ouvrage. Le cours de ces deux siècles est marqué, pour le meilleur et trop souvent pour le pire, par l'emprise des idéologies sur le destin des hommes et par les cataclysmes qu'elles ont provoqués. Mais ces deux siècles révolus sont aussi caractérisés, de façon inédite dans l'histoire du genre humain, par l'accélération vertigineuse des progrès scientifiques et techniques, porteurs pour l'humanité des plus grands essors et espoirs suscités depuis son apparition. Songeons-y quelques instants : de 1810 à 1986, la France (pour nous y tenir égocentriquement) était passée, comme le soulignait M. le Président Badinter dans son exposé des motifs de la loi portant réforme du code pénal, « *du temps des diligences à celui de la fusée Ariane* ». Nous pourrions ajouter aujourd'hui, en 2010, qu'elle est passée du temps des diligences à celui de la société numérique globale, à celui du génome humain séquencé, à celui des nanotechnologies... Le XIX^e siècle qui a vu naître le code napoléonien a ainsi connu les deux révolutions industrielles, l'apparition de sources d'énergie jusqu'alors inconnues ; il a vu éclore des disciplines scientifiques nouvelles, telles, la génétique ou la psychiatrie. Le XX^e siècle, quant à lui, a enfanté les révolutions de la physique, de la chimie, de la biologie, de la génétique, de l'informatique.

A l'éclosion et au développement de chacune des découvertes dont ces sciences ont été porteuses, ou de leurs applications techniques, a été associé un progrès pour une partie de l'humanité : santé, améliorations des conditions matérielles de vie, progression et diffusion du savoir... ^{Mais} le pénaliste, on le sait, est bien souvent plus hobbesien que rousseauiste. Au lieu de se féliciter des avancées humaines et sociales portées par l'évolution de ces sciences et techniques, il ne peut s'empêcher de méditer sur les déviances et les malheurs consécutifs dont elles sont porteuses. C'est à ce travers que je ne vais pouvoir m'empêcher de céder. Les sciences et techniques nouvelles ont ainsi, hélas, trop souvent été détournées, à des fins de destruction de l'homme ou de son environnement, d'asservissement des peuples ou des individus, ou instrumentalisées en vue d'appropriations ou enrichissement malhonnêtes. De ces déviances, de ces atteintes à la sécurité, aux personnes ou aux biens

entraînées par les progrès scientifiques et techniques, le droit pénal a donc dû se saisir, par adaptation des lois répressives existantes, ou par adoption de textes nouveaux. Ces phénomènes ont déjà attiré l'attention des pénalistes, et plusieurs auteurs réputés y ont consacré leurs réflexions¹.

Tel n'est pas l'objet exact de mon propos dans le cadre qui nous réunit aujourd'hui. Je ne vous propose pas ici d'embrasser tous les aspects de l'impact du progrès technique et scientifique sur le droit pénal français, ce qui nous aurait conduit à nous intéresser aux évolutions du droit pénal induites par les nouvelles technologies, notamment en nous interrogeant sur les nouvelles incriminations suscitées par les dangers et menaces découlant des sciences et techniques nouvelles. Puisque nos efforts sont consacrés en ces lieux à ce monument qu'est le code pénal, je concentrerais plus modestement mes propos, par une approche peut-être excessivement formaliste, à l'impact du progrès technique et scientifique sur les principes de droit pénal et les incriminations successivement codifiés au sein de ce recueil. Une telle approche, qui privilégie le siège de la loi plutôt que sa nature, nous imposera de nous interroger sur les raisons et la portée de l'inclusion de telle ou telle règle de droit pénal en ce code, et donc sur la fonction même du code pénal par rapport aux autres sources formelles du droit pénal, mais aussi par rapport aux autres codes. Elle nous incitera à nous interroger sur le rang de la valeur sociale dont la protection et poursuivie à travers la répression pénale, rang que traduit l'inscription d'une incrimination dans le code pénal plutôt que dans tel autre code. Elle nous conduira aussi à nous intéresser à la portée de la gravure d'une incrimination dans telle ou telle partie du code pénal lui-même.

Dans cette quête, il nous faudra vérifier si le code pénal a été le réceptacle naturel des législations destinées à intégrer les progrès scientifiques et techniques et à réprimer les agents tentés de détourner ces sciences et technologies de ce que devrait être leur finalité : le bienfait et le progrès de l'humanité. A cet égard, deux impératifs semblent avoir tenaillé le législateur dans ses réflexions sur l'adaptation de notre code pénal à l'évolution des nouvelles formes de criminalité. Le premier de ces impératifs est celui de son adaptation aux nouveautés des temps. Je citai il y a quelques instants quelques mots de la phrase de Robert Badinter, dans l'exposé des motifs de la loi portant réforme du code pénal : il s'agissait pour le Parlement de se pencher sur un code nouveau qui devait tenir compte des mutations de la criminalité « *entre le temps des diligences et celui de la fusée Ariane* »². Mais à cet

¹ Les problèmes de droit pénal soulevés par le progrès scientifique et technique, *III^e rencontres juridiques franco-soviétique de la Société de législation comparée, Paris et Nice 16 au 24 septembre 1971, rapport français par J.-L. Costa, RSC 1972, p. 553 ; rapport soviétique par A. A. Piontkovskij, RSC 1972 p. 575; B. Fillion : La réception de l'innovation technologique en droit pénal, RSC 1990, p. 270 ; et, pour un examen plus large : E. Novoa Monreal, Progrès humain et droit pénal, RSC 1970 p. 267.*

² R. Badinter : *Exposé des motifs du projet de loi portant adoption du code pénal* : « Entre le temps des diligences et celui de la fusée Ariane », la criminalité et la délinquance ont grandement changé, comme la société française elle-même. Si le nombre d'homicides au début du XIX^e siècle était supérieur pour une France deux fois moins peuplée à ce qu'il est aujourd'hui, des formes nouvelles de criminalité ont fait leur apparition : grand banditisme et terrorisme organisé, trafic

impératif d'adaptation, a fait pendant une autre préoccupation : celle de la permanence du code, qu'exprimaient les codificateurs de 1810, en appelant que le code pénal soit, non pas la compilation exhaustive de l'ensemble des incriminations pénales ayant cours, mais un regroupement des règles générales et permanentes susceptibles d'être appliquées à tous les citoyens¹. Or, pour répondre à ce vœu de permanence, le code pénal devait pouvoir s'adapter aux évolutions techniques et sociales. Cette exigence d'adaptabilité est traduite dans l'exposé des motifs du projet de réforme du code pénal, élaboré en 1934 à partir des travaux de la commission Matter : « *Moderniser le code pénal, en conservant tout ce qui a résisté à l'épreuve d'une expérience plus que séculaire ; rester dans la véritable tradition législative en rédigeant des textes suffisamment précis pour éviter toute incertitude dans leur application et assez souples en même temps pour s'adapter à l'évolution des mœurs et aux progrès de la science ; éviter les concepts abstraits et les distinctions sans utilité pratique ; profiter de la refonte de la loi pénale fondamentale pour construire une œuvre plus méthodique et mettre fin aux controverses qui divisent encore la jurisprudence et la doctrine* »².

Le bref survol de la confrontation des deux siècles de la vie de notre code pénal aux progrès scientifiques et techniques permet de constater que ces deux préoccupations ne sont pas restées vaines. L'observateur ne peut ainsi qu'être convaincu de la permanence véritable du code pénal (A -), auquel les innovations de la science et des techniques n'ont imposés que d'assez rares adaptations nécessaires (B -).

I - LA PERMANENCE DU CODE PENAL FACE AU PROGRES SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE

L'examen des évolutions du code pénal au cours de ces deux siècles permet de constater que le code pénal n'a pas été bouleversé par les révolutions scientifiques et techniques des XIX^e et XX^e siècles. Sa permanence s'est manifestée par trois attitudes du législateur : une résistance aux progrès des sciences nouvelles (A-) ; une résistance par absorption des progrès – et une résistance par dissémination des incriminations nouvelles (B-).

de drogues, infractions multiples liées à la vie urbaine et à la circulation routière, délinquance économique de plus en plus complexe, atteintes à l'environnement, à la santé du consommateur, à la sûreté des travailleurs, des voyageurs, etc. La notion d'intérêt collectif a fait son apparition là où n'existaient que l'intérêt de l'Etat et celui des particuliers. Et les personnes morales, sociétés ou associations, sont devenues sous des formes diverses les agents essentiels de la vie économique et sociale. »

¹ *Rapport fait au Corps Législatif par M. Nougarede, membre de la commission de législation, sur la loi contenant le livre IV du code des Délits et des Peines, séance du 20 février 1810 : « la législation pénale, au contraire, devant contenir la sanction de toutes les lois, deviendrait aussi immense que variable, si l'on voulait la renfermer tout entière dans un seul code. mais ce n'est pas la matière et le but d'un code des délits et des peines. », in code pénal, suivi de l'exposé des motifs présentés par les orateurs du gouvernement et des rapports au Corps Législatif, éd. Firmin Didot, 1810, t. 2, spec. p. 315.*

² *Cité par Ph. Marchand, Rapporteur du projet de loi de réforme du Livre I^{er} du code pénal devant l'Assemblée nationale, séance du 10 octobre 1989, JO déb. AN p. 3325 et 3326.*

A - LA RÉSISTANCE DU CODE PÉNAL ET DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT PÉNAL AU DÉVELOPPEMENT DES SCIENCES DE L'HOMME

Un premier constat frappe l'observateur. Droit de l'humain par excellence, droit centré sur le délinquant, qu'il définit et qu'il sanctionne, les principes fondamentaux du droit pénal classique, traduits dans le code pénal de 1810, auraient pu être, si ce n'est ébranlés, mais à tout le moins sensiblement influencés par la naissance, le développement et les progrès des sciences de l'homme au cours des XIX^e et XX^e siècle. Tel n'a pas été le cas. Il est intéressant de le vérifier à la lumière des exemples que nous offrent l'anthropologie criminelle et la psychiatrie. Les recherches et théories criminologiques aboutissant au concept de défense sociale n'ont pas entamé le principe de légalité, ni bouleversé l'architecture du code pénal (1) ; les progrès de la psychiatrie n'ont pas non plus entamé les principes classiques de la responsabilité pénale exprimés depuis le code napoléon (2).

1. La résistance du principe de légalité aux écoles criminologiques positivistes et à l'anthropologie criminelle :

Le constat a été formulé lors de nos travaux d'hier. Le droit pénal français et le code pénal sont restés ancrés aux principes classiques du droit pénal, au premier rang desquels figure le principe de la légalité criminelle et celui de l'incrimination de l'acte plutôt que de la dangerosité de l'individu.

Le principe de légalité des délits et des peines est l'un des socles du droit pénal classique et libéral¹. Exprimé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (« *La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* »), ce principe a été repris par l'article 4 du code pénal de 1810² dont la formule demeure fameuse : « *Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ». Le code pénal de 1992 a reformulé la règle à son article 111-3 : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ».

Pourtant, le principe de légalité s'est vu vigoureusement remis en cause au début du XX^e siècle et à la veille de la seconde guerre mondiale, où il a subi de sérieuses attaques sur le terrain doctrinal et législatif³. La règle

¹ J.-M. Carbasse : Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, PUF, 2^e éd., n° 218 et s. et n° 241 et s. A. Guidicelli, Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels. RSC 2007, p. 509.

² En dépit des réticences de Napoléon, qui au Conseil d'Etat s'était élevé contre « le système étroit qui ne permet aux juges que de condamner d'après une disposition qui qualifie formellement de crime ou délit le fait qu'on leur défère » : voir J.-M. Carbasse, op. cit. n° 241.

³ R. Merle et A. Vitu : Traité de droit criminel, T.1, Cujas, 4^e éd. 1981, n° 158 et s.

traditionnelle était un des piliers du droit pénal libéral, conçu comme l'un des outils d'une société protectrice de l'individu, réputé libre, raisonnable, doté de droits naturels et inaliénables. Lorsque des temps sombres ont promu des doctrines déniaient cette conception de l'homme et de son rapport avec la société, il était fatal que ce principe fût lui-même remis en discussion¹.

Sur le plan scientifique, les idées dérivées des théories de l'école positiviste italienne et de l'anthropologie criminelle, ont porté des coups de boutoir au principe de légalité dans diverses législations et ont imprimé leur marque sur le droit de la peine². L'on sait que pour les positivistes - dont les représentants les plus mémorables sont Cesare Lombroso, inventeur du fameux « criminel né », Enrico Ferri, Raffaele Garofalo - le délit, envisagé comme une notion juridique, est placé au second plan pour se voir substituer l'étude du délinquant. Ainsi, pour ces auteurs, le libre arbitre est un leurre, et la responsabilité un concept creux : l'homme est déterminé, déterminé par ses gènes, sa constitution physico-psychique, déterminé par son environnement familial, par son environnement social. Il est mû par ces facteurs endogènes et exogènes, et ne saurait donc être ni responsable, ni amendable, notions morales extérieures au déterminisme scientifique à la base du crime. C'est, pour reprendre l'expression de Lacassagne, fondateur de l'anthropologie criminelle, un « microbe social » dont il convient de préserver la société. Dès lors le droit de punir ne repose pas sur un contrat social rompu par le délinquant et appelant une sanction, convenue par avance dans ce contrat, mais sur un impératif unique : la nécessité de protéger la société contre le criminel. Les mesures d'éradication du criminel sont parfaitement envisageables, quand bien même celui-ci ne serait pas encore passé à l'acte. La science, selon ces vues, permettrait d'identifier la dangerosité du délinquant avant même qu'il ne commette son crime. L'on se souvient que Lombroso avait bâti sa typologie des délinquants en distinguant le criminel né, le criminel aliéné, le criminel passionnel, le criminel d'occasion et le criminel d'habitude, chacune de ces catégories de malfaiteurs appelant un traitement pénal distinct³. Les positivistes rejetaient ainsi, comme abstrait et artificiel, le principe de légalité, et cherchant à réprimer l'acte mauvais en soi plutôt que mauvais en vertu de la loi.

La revendication scientifique de ces théories et leur traduction dans des législations d'Etat voisins⁴ a soulevé en France, avant la seconde guerre

¹ E. Garçon : code pénal Annoté, Nouvelle édition par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, Sirey 1952, Article 4, n°6 et s. ; M. Ancel : A propos de quelques discussions récentes sur la règle « nulla poena sine lege », RSC 1937, p. 670.

² J.-M. Carbasse, *op. cit.* n° 245 ; G. Tarde, La philosophie pénale, éd. Stork Masson, 5^e éd. 1900, p. 43 et s.

³ Voir G. Tarde, *op. cit.* p. 85.

⁴ Le courant anti-individualiste et totalitaire ayant emporté de nombreux Etats occidentaux au tournant des années 1930, diverses législations ont écarté la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege* : voir l'article 16 du code pénal soviétique de 1927, selon lequel, « le fondement et les limites de la responsabilité encourue à son sujet sont déterminés conformément aux articles du code qui prévoient les délits dont la nature s'en rapproche le plus » ; l'Allemagne nazie avait adoptée une

mondiale, des débats passionnés autour de la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege* et ont généré une littérature abondante¹. Elle n'a cependant eu aucun écho dans le code pénal français, qui est resté attaché au principe de légalité (y compris sous les heures les plus sombres de la seconde guerre mondiale, où le régime vichyssois n'a pourtant pas reculé devant l'adoption de lois répressives xénophobes ou racistes aux antipodes de la tradition républicaine²). Heureuse résistance, donc, du législateur et de ce vieux code, face aux remises en causes d'un principe protecteur de la liberté individuelle portées par un courant aux claires revendications scientifiques³. Heureuse, disais-je, même si cette résistance s'est également longtemps manifestée en négligeant l'individualisation de la peine, prônée par les positivistes, et les notions plus moderne de traitement et de resocialisation prônées par le mouvement de la Défense sociale nouvelle⁴.

En revanche, une résurgence des idées positivistes et un regain du concept de dangerosité peuvent être identifiés dans la promotion de mesures de sûreté destinées à prévenir la récidive (telles celles prévues par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui a institué le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS) afin de prévenir la récidive des délinquants sexuels par l'enregistrement de l'identité et des adresses de ces derniers. Surtout, les personnes définitivement condamnées pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement sont tenues de signaler

disposition analogue dans une loi du 28 juin 1935 modifiant l'article 2 du code pénal : lorsqu'aucun texte pénal ne s'appliquait au cas soumis au juge, cet acte serait « puni conformément au texte dont l'idée fondamentale s'en rapproche le plus » : E. Garçon, op. cit. n° 10 et s. ; Jimenez de Asua : L'analogie en droit pénal, RSC 1949, p. 187.

¹ Voir les travaux du IV^e Congrès international de droit pénal de 1937, posant la question de savoir s'il « est désirable que le juge puisse retenir et punir un fait qui ne rentre pas expressément sous les termes d'une disposition légale », in E. Garçon, op. cit. n° 14, ainsi que l'abondante bibliographie citée. Voir notamment l'article de M. Ancel : A propos de quelques discussions récentes sur la règle *nulla poena sine lege*, RSC, 1937, p. 672.

² E. Garçon, op. cit. n° 17. Ne négligeons cependant pas que s'il n'a pas été aboli par Vichy, le principe *nullum crimen, nulla poena...* a été écarté par la loi du 14 août 1941 réprimant l'activité communiste ou anarchiste et créant les tristement célèbres sections spéciales, ainsi que par la loi du 7 septembre 1941, instituant un tribunal d'Etat : ces lois permettaient (rétroactivement) au tribunal d'Etat et aux sections spéciales de prononcer, pour n'importe quelle infraction ressortissant à leur compétence, une peine pouvant aller jusqu'à la mort : voir C. Fillon, M. Boninchi : Parquet et politique pénale sous le régime de Vichy, in La justice des années sombres, 1940-1944, la Documentation Française, AFHJ, 2001, p. 179, spéc. p. 191.

³ Les doctrines positivistes, pour qui le délinquant d'habitude est la proie d'un penchant irrésistible pour le crime et doit donc être écarté de la société, ont certes influencé la loi du 27 mai 1885 qui a institué la relégation pour les récidivistes et « malfaiteurs de profession » : J.-M. Carbasse, op. cit. n° 246.

⁴ Voir ainsi le regret du Haut Conseiller Marc Ancel, dans son allocution prononcée à l'occasion des 150 ans du code pénal, que le code de 1810, qui était déjà un « code des délits et peines » ne soit pas encore devenu un « code du délinquant » : RSC 1960, p. 387. L'ardent animateur du mouvement de la Défense Sociale Nouvelle a pu constater, qu'après l'introduction en 1975 de la notion de substitut aux peines d'emprisonnement, le nouveau code pénal comprend une section expressément consacrée aux « modes de personnalisation des peines » (articles 132-24 à 132-70 CP).

semestriellement leur adresse en se présentant auprès d'un service de police ou de gendarmerie pendant une durée de trente ans. Mais aussi les mesures de sûreté prévue contre les criminels aliénés mentaux par la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté¹.

Relevons que le code pénal de 1992, en réaffirmant le principe de légalité à son article 111-3, l'a prolongé en donnant forme législative à son corollaire, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, formulé à l'article 111-4². Légalité des délits ; interprétation stricte de la loi pénale. Ces principes, nous allons le voir, vont être un fil conducteur de notre exploration de l'accueil du progrès scientifique et technique par notre bisécule code.

2. Le principe de responsabilité confronté aux progrès de la psychiatrie : trouble mental et responsabilité pénale

Le code pénal, socle du droit pénal général classique, n'a pas plus été ébranlé par les réflexions et critiques autour de la notion traditionnelle de responsabilité pénale provoquée par les travaux des aliénistes et de psychiatres tout au long des XIX^e et XX^e siècle³.

a) Une longue tradition juridique s'est opposée à ce qu'une responsabilité pénale soit reconnue aux aliénés mentaux⁴. L'on se souvient ici de la formule fameuse de l'article 64 du code pénal de 1810 : « *Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ». Était ainsi institué un système binaire : aliéné mental, le délinquant était irresponsable et ne pouvait donner lieu à une quelconque sanction ni mesure judiciaire. Tout au plus, s'il était dangereux, pouvait-il faire l'objet d'une mesure d'internement d'office de la part du préfet. Si en revanche il n'était pas dément, sa responsabilité pénale était totale dans un système qui ne connaissait pas encore les circonstances atténuantes. La formulation du code pénal était néanmoins impropre et équivoque⁵ : la notion de démence, d'abord, était psychiatriquement trop restreinte car, médicalement, elle s'applique à une forme particulière d'aliénation mentale, caractérisée par la

¹ *Sur cette loi et la traduction qu'elle offre d'un postmodernisme (...voire d'un hypomodernisme) pénal : A. Giudicelli : Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental, in Un droit pénal postmoderne ?, sous la direction de M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli, PUF 2009, p. 149 et spéc. p. 169 s.*

² *Art. 111-4 CP : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».*

³ *Sur l'histoire de la confrontation au XIX^e des approches juridiques et médicales de la folie, l'on se reportera à l'excellent ouvrage de L. Guignard : Juger la folie. La folie criminelle devant les Assises au XIX^e siècle, PUF, coll. Droit et Justice, 2010 ; M. Renneville : Deux figures du crime en déraison, AJ pénal, n° 9/2004, septembre 2004, p. 309.*

⁴ *Voir dans la très abondante littérature, notamment : R. Merle & A. Vitu : Traité de droit criminel, T. 1, Cujas, 4^e éd. 1981, n° 571 ; J. Pradel, Manuel de droit pénal, 6^e éd. § 471. Y. Mayaud : Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation, AJ pénal, n° 9/2004, septembre 2004, p. 303. Les commentateurs de la première moitié du XIX^e siècle englobaient essentiellement sous la notion de démence l'idiotisme (fatuitas) frappant les idiots et les imbéciles, et la folie, altération accidentelle de l'intelligence : voir par exemple, A. Chauveau & F. Hélie, Théorie du code pénal, 3^e éd. 1852, T.1, p. 521.*

⁵ *R. Merle & A. Vitu : op. cit. n° 572.*

déchéance progressive et irréversible de la vie psychique. Or, les fondateurs de l'école psychiatrique française, notamment Pinel puis Esquirol, ont mis en évidence des formes de désordre mental, telle la monomanie¹, qui n'étaient en rien assimilables à la démence : sujet à ces états, le sujet est entraîné à des actes que sa raison et son sentiment ne déterminent pas, que sa conscience réproouve, mais que sa volonté n'a pas la force de réprimer². Ainsi, pour Esquirol, le délinquant, frappé d'une « monomanie sans délire », doit être considéré comme non responsable³... Considération qui heurtait à l'époque le sens commun, et celui des juristes, puisqu'en ce temps, ainsi qu'Esquirol le reconnaissait lui-même, « *le public et même les hommes très instruits ignorent qu'un grand nombre de fous conserve la conscience de leur état... que plusieurs tiennent des discours sensés et même justifient leurs actions par des motifs très plausibles* »⁴. Le concept de dégénérescence⁵, promu par Morel, au mitan du XIX^e siècle, puis prolongé par Magnan et Legrain, va prendre le relais de celui de monomanie, et va alimenter les débats autour de la responsabilité de délinquants ne présentant pas les signes évidents de l'aliénation mentale (le dégénéré est une catégorie très hétérogène incluant les idiots et les imbéciles, mais également les génies scientifiques ou littéraires, et les auteurs et praticiens qui s'y intéressent les considèrent généralement comme pénalement responsables).

Confrontés à ces éclairages nouveaux de la psychiatrie, les juristes sont convenus que la démence au sens de l'article 64 devait être entendue en un sens plus populaire que médical, comme toute forme de folie⁶. La jurisprudence a rapidement étendu la cause d'irresponsabilité prévue pour la démence à toute autre forme d'aliénation mentale⁷.

Les progrès de l'aliénisme de la psychiatrie et de la psychologie, s'ils ont soulevé des débats autour de la responsabilité de la personne en proie à telle ou telle forme de désordre mental, n'ont toutefois pas provoqué de révision du concept classique d'irresponsabilité pénale. Tout au plus ont-ils conduit, en permettant une détection plus fine et certaine de cas de démence, à étendre le champ de l'irresponsabilité, comme le déplorait Tarde en constatant l'impact des travaux d'Esquirol et Pinel, et le risque de voir cette logique

¹ ...ainsi définie par un juriste, qui acceptait de l'assimiler à la notion de démence au sens de l'article 64 du code pénal, lorsque l'infraction commise se rapporte à l'objet de la monomanie : « état de l'intelligence qui fait que le monomane, raisonnable sur le reste, est frappé par un seul objet d'une démence véritable qui l'empêche d'apprécier la criminalité de ses actes » : E. Dalloz & C. Vergne, code pénal annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine, éd. Bureau de la Jurisprudence Générale, 1881, n° 114. V. sur la question, L. Guignard, op. cit. pp. 90 et s.

² C. Debuyss, Débats autour de la notion de responsabilité pénale entre psychiatres et juristes au XIX^e siècle, in Criminologie et Psychiatrie, sous la direction de T. Alberne, éd. Ellipses, 1997, p. 552 et s.

³ J.E. Esquirol : Les maladies mentales considérées dans les rapports médical, hygiénique et médico-légal, éd. Ballière, 1838.

⁴ J.E. Esquirol, op. cit. p. 335.

⁵ C. Debuyss, op. cit. pp. 556 et s.

⁶ R. Merle & A. Vitu, op. cit. n° 572.

⁷ R. Merle & A. Vitu, op. cit. id. loc.

poussée à une assimilation complète du criminel à l'aliéné¹. Mais en dépit de certains travaux d'experts médicaux², la responsabilité atténuée n'a pas trouvé de traduction juridique en droit pénal.

Néanmoins, une circulaire ministérielle (due au Ministre Chaumié) du 12 décembre 1905 a invité les experts psychiatres à rechercher dans quelle mesure ces anormaux mentaux devaient ressortir à une « *responsabilité atténuée* ». L'habitude s'était alors instaurée de faire bénéficier ces délinquants des circonstances atténuantes, à l'époque où ce facteur de mesure de la peine existait encore. Une telle solution pragmatique a néanmoins fait l'objet d'importantes critiques : traiter le malade mental comme un responsable partiel, c'était se livrer à une « *mathématique déplorable* ». En outre, la pratique négligeait la défense sociale, puisque l'infliction de peines atténuées pouvait ne pas correspondre à une certaine dangerosité du sujet, ni à la nécessité potentielle de soins. Puni malgré tout par l'emprisonnement, même s'il était amoindri par le jeu des circonstances atténuantes, le délinquant anormal mental risquait de voir son état aggravé par l'absence de prise en charge médicale durant le temps de sa détention.

A l'inverse, le mouvement « *Anti-psychiatrie* » dans les années 1970, puis le Syndicat de la Psychiatrie ont prôné la responsabilité du délinquant aliéné, et certains juristes ont même proposé une suppression de tout statut juridique d'exception du fou³. L'irresponsabilité pénale du fou n'est d'ailleurs pas une fatalité législative, même si c'est le modèle largement dominant en Europe⁴ : ainsi, le système pénal suédois, depuis 1965, ne retient plus la folie comme une cause d'irresponsabilité, mais l'aliéné mental est en revanche exposé à des peines particulières⁵. Les écoles psychiatriques modernes considèrent en effet que le malade mental, même inconscient au sens de la loi, n'est pas inaccessible à la sanction et que dans l'intérêt même de son traitement la portée symbolique de la sanction a une place et un rôle⁶.

¹ G. Tarde, *op. cit.* p.

² G. Tarde cite ainsi (*op. cit.* pp. 183 et s.) les positions de médecins favorables à la responsabilité partielle, tels Henri Coutagne, Manuel des expertises médicales en matière criminelle, éd. Storck 1887, de Legrand du Saule, au sujet des aliénés affectés du délire de persécution, du professeur Ball, De la responsabilité partielle des aliénés, éd. Bailières et Fils, 1886.

³ P. Poncella, Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité, RSC 1985, p. 61 ; J. Ayme : L'article 122-1 du code pénal, ou comment ne fut pas résolu le paradoxe du fou criminel, in Criminologie et Psychiatrie, sous la direction de T. Albernhe, éd. Ellipse, 1997, p. 559 et s. et spec. p. 563 et 564.

⁴ L'irresponsabilité mentale des malades mentaux, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 132, février 2004.

⁵ P. Poncella, *op. cit.*, spéc. p. 66 ; voir aussi le Document du Sénat : L'irresponsabilité mentale des malades mentaux, préc., p. 6.

⁶ Voir P. Goujon et C. Gautier, Rapport d'Information fait au nom de la Commission des lois du Sénat sur Les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, 22 juin 2006, doc. Sénat n° 420, p. 22 et s. ; ainsi que M. Lemonde : L'article 64 est-il incurable ? RSC 1992, p. 521.

b) Ces débats passionnants¹ n'ont eu guère d'impact sur notre système pénal lors de l'adoption du code pénal nouveau. L'article 122-1 du code de 1992 s'est contenté en effet de toiletter l'ancien article 64, et en précise la portée : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». Comme le soulignent les auteurs, cette formulation se contente d'enfin appeler les choses par leur nom, plus scientifiquement rigoureux, et n'a rien changé au sort des personnes atteintes d'une aliénation mentale. ^{Mais} la formule permettra plus aisément de tenir compte de l'évolution des sciences psychiatriques et neurologiques pour englober des concepts nouveaux².

Le code pénal de 1992 a cependant apporté un éclairage du régime des malades mentaux qui, sans être en état d'aliénation mentale, sont néanmoins sujets à des troubles psychiques ou à des déficiences mentales durables qui les empêchent d'apprécier le caractère délictueux de leurs actes. Dans le système du code pénal de 1810, en vigueur, ces « anormaux » mentaux (terme décrié par la psychiatrie moderne³), à défaut de pouvoir être qualifiés de déments, s'exposaient à une pleine et entière responsabilité pénale.

L'article 122-alinéa 2 du code pénal n'a pourtant pas modifié la solution antérieure : il dispose que « *la personne atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la jurisprudence tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ». L'on constate donc que le trouble mental altérant le discernement sans l'aliéner n'est pas une cause légale d'atténuation de la responsabilité, ni une cause légale d'atténuation mécanique de la peine. Le juge est uniquement invité à tenir compte de cette altération dans la détermination de la peine (dont, en tenant compte de ce facteur, il modulera le quantum, ou les peines complémentaires, qu'il aménagera d'un sursis avec mise à l'épreuve avec obligation de soins, d'une période de sûreté en matière criminelle). On a toutefois pu saluer cet article comme la marque d'intérêt du législateur, après plus de 180 ans de silence, et de progrès de la science psychiatrique, sur le sort des « demi-fous »⁴.

On le constate, les réflexions scientifiques n'ont donc pas ébranlé le système de responsabilité prévu à notre code pénal. Sur le plan juridique, tout

¹ Voir parmi la très abondante littérature sur la question : J. Ayme : *op. cit.* ; Y. Mayaud, Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation, *AJ pénal* 2004, p. 303.

² R. Merle & A. Vitu, *op. cit.* n° 625 ; voir aussi F. Desportes et F. Legunehec, *Droit pénal général, Economica*, 9^e éd. 2002, p. 631 et s.

³ Voir J. Aymé, *op. cit.* p. 561 et 565.

⁴ P. Couvrat, *Maladie mentale et droit pénal*, in *Criminologie et Psychiatrie*, sous la direction de T. Alberne, éd. Ellipse, 1997, p. 567.

reste identique sur le terrain de la responsabilité pénale et le système du « tout ou rien »¹ demeure de rigueur.

La seule révolution véritable en la matière s'est traduite non pas sur le terrain du droit pénal (et elle n'a donc pas été inscrite dans le code pénal) mais sur le terrain de la procédure pénale. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008², répondant bien plus aux aspirations des victimes de délinquants frappés d'aliénation mentale qu'à des préoccupations touchant au traitement de ces derniers, a introduit dans notre droit une forme de « procès des fous ». Désormais, non-lieu, relaxe ou acquittement fondés sur l'aliénation mentale disparaissent : la juridiction (d'instruction ou de fond) saisie se prononce sur la caractérisation des faits reprochés au sujet aliéné, et si ce dernier a commis ces faits, la juridiction les constate, puis déclare le sujet irresponsable pénalement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement (articles 706-119 et s. du code de procédure pénale). Nouveauté réelle dans un système qui jusqu'alors soustrayait du juge l'irresponsable mental, qui ne relevait que de mesures administratives, la justice peut désormais prononcer des mesures de sûreté (articles 706-135 et s.), telle l'hospitalisation d'office en établissement psychiatrique, outre diverses autres mesures comparables aux peines complémentaires infligées aux délinquants responsables. La même loi a également prévu, pour les crimes les plus graves, la possibilité de soumettre les condamnés présentant un état de dangerosité, à des mesures de rétention de sûreté après l'achèvement de leur peine. Ainsi, comme on le constate, ces dispositions, qui ont pu être ressenties comme une « victoire posthume de Lombroso et Ferri »³, épargnent le code pénal et n'ont provoqué qu'une nouvelle métamorphose du code de procédure pénale, tapisserie complexe soumise aux tissages et détissages incessants d'un législateur Pénélope.

Aucun bouleversement, en définitive, du code pénal, induit par ces sciences apparues au XIX^e que sont la médecine mentale et l'anthropologie criminelle. Mais à l'inverse de cette résistance du code pénal au progrès scientifique et technique, notre code a parfois su absorber les avancées de la science: nous allons le vérifier en nous attardant sur l'application des incriminations existantes aux nouvelles sciences ou techniques.

¹ M.-L. Rassat, *JC pénal*, art. 122-1 et 122-2, fasc. 2, Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte. *Spec.* § 19.

² Sur la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, V. S. Detraz : *La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, RSC 2008 p 873 ; J. Pradel : *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, D. 2008, *chron.* p. 1000 ; H. Matsopulou : *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutilité du dispositif applicable aux malades mentaux*, Dr. pénal, avril 2008, *Etude* n° 5, p. 7.

³ J.-H. Robert : *La victoire posthume de Lombroso et Ferri*, Dr. pénal, février 2008, n°2, p. 1.

B - L'ABSORPTION DU PROGRÈS TECHNIQUE ET SCIENTIFIQUE PAR LE CODE PÉNAL : L'APPLICATION DES INCRIMINATIONS EXISTANTES AUX NOUVELLES SCIENCES OU TECHNIQUES

La question est classique en droit pénal de l'adaptation par interprétation d'un texte d'incrimination à des situations que ne pouvait pas envisager la loi qui l'a instauré. Le progrès technique s'accompagne souvent d'un effet d'aubaine pour quelques individus aussi réceptifs aux nouvelles technologies que peu dotés de scrupules. Ces personnes vont tirer toutes les capacités de l'outil nouveau pour en faire l'instrument ou l'objet d'une activité criminelle, qui n'est pas en tant que telle cernée par la législation existante.

Si, dans la conception classique du droit pénal, le texte définissant une infraction est d'interprétation stricte, il est bien connu que l'interprétation littérale de la loi connaît les limites qui découlent des qualités de cette loi. Celle-ci, d'expression générale, ne peut prévoir l'ensemble des situations particulières qu'elle est appelée à embrasser. Il est alors admis que, confronté à une disposition dépourvue de clarté, ou à une situation de fait qui, par anachronisme, ne pouvait pas entrer dans les prévisions du législateur, le juge pénal puisse s'écarter de l'interprétation littérale du texte et recourir à une méthode d'interprétation téléologique, fondée sur la recherche de la *ratio legis*. Cette méthode a ainsi permis de réprimer des agissements mettant en œuvre des techniques ou inventions apparues après l'adoption du code napoléonien¹.

a) Il a ainsi suffi que le texte d'incrimination définisse de façon assez générale l'objet du délit, pour que le juge intègre dans la catégorie légale un objet qui était inconnu lors de la création de l'incrimination. Le juge, selon l'expression imagée du Conseiller Escande, a su recouvrer ce squelette de chair²...

Tel a été, pour les infractions portant atteinte aux biens, le cas de la « chose », soustraite dans le cadre du vol, remise dans le cadre de l'escroquerie, ou détournée ou dissipée dans le cas d'un abus de confiance³.

Ainsi, pour ce qui concerne le vol, un débat célèbre est né du « vol d'électricité », l'électricité ayant été considérée comme un objet corporel : « L'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser ; elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second et doit dès lors être considérée comme une chose au sens de l'article 379 du CP pouvant faire l'objet d'une appréhension »⁴. La qualification de

¹ R. Merle et A. Vitu : Traité de science criminelle, T. 1, Cujas 4^e éd. 1981, n° 172 et s. et spéc. n° 174. ; F. Desportes et F. Le Guehec, Droit pénal général, Economica, 9^e éd. 2002, n° 222.

² P. Escande, L'interprétation par le juge des règles écrites en matière pénale, RSC 1978 p. 811.

³ Voir M.-S. Cousin-Houppé : Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte aux biens (vol – abus de confiance – escroquerie), RSC 1978 p. 779.

⁴ Cass. Crim. 3 août 1912, DP 1913, 1, p. 439 ; S. 1913, 1, p. 337, note Roux.

contrefaçon a pour sa part été appliquée à la reproduction photographique de tableaux¹, ou à la diffusion par phonographe d'une œuvre musicale², alors que l'article 425 de l'ancien code pénal, dans sa rédaction originelle, ne visait l'édition illicite par l'impression ou la gravure. De même, l'article 428 de l'ancien code pénal, qui frappait la représentation théâtrale illicite, a été étendu à l'émission radiophonique d'une œuvre³.

L'apparition de l'informatique et de l'internet et l'irruption d'une cybercriminalité ont également soumis les qualifications classiques du code pénal à l'épreuve de ces nouvelles technologies⁴. Relevons à titre d'exemple l'application de la qualification de détournement de correspondance aux courriers électroniques, qui traduit la capacité des textes classiques à s'adapter aux formes contemporaines d'échanges d'écrits⁵.

En matière d'atteintes à la personne, les qualifications classiques d'homicide intentionnel, et surtout d'homicide ou coups et blessures par imprudence, se sont bien entendu accommodés des moyens nouveaux par lesquels la mort ou les blessures avaient été infligées. Que l'imprudence, la négligence ou l'inobservation des règlements ayant provoqué des atteintes corporelles se manifestent par le maniement d'une brouette⁶ ou le pilotage d'un avion de ligne⁷, ce sont toujours les traditionnelles qualifications correctionnelles ou contraventionnelles de coups et blessures par imprudence prévues hier aux articles 319, 320 et R. 40, 4^o du code pénal ancien, et aujourd'hui aux articles 221-6, 222-19, 222-20 et R. 625-2 du code pénal qui seront accomplies pour embrasser des calamités modernes.

Parfois, le délit passe par l'usage d'un instrument ou d'un moyen déterminé. Ici encore, la généralité de sa définition peut permettre d'accueillir de récentes créations de la technique ou de la science. Ainsi, l'administration de « *substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé* » incriminée par l'article 318 du code pénal ancien et aujourd'hui par l'article 222-15 du code, a pu s'adapter à des matières inconnues du législateur napoléonien, en raison de la généralité de la formule. La qualification a pu de la sorte être appliquée au fait pour un ouvrier de dissimuler dans le véhicule de son chef de quart des substances radioactives⁸. De même, cette qualification a pu être appliquée à des transmissions virales, également inconnues par les codificateurs napoléoniens : a ainsi été considéré comme constitutif

¹ Paris, 5 décembre 1864, S. 1865, 2, 110.

² Cass. Civ. 21 juillet 1908, S. 1909, I, 121, note Lyon-Caen.

³ Cass. Crim. 27 décembre 1934, S. 1935, I, 193, note F. Geny.

⁴ Voir R. Gassin : Le droit pénal de l'informatique, D. 1986, chr. p. 35 ; A. Lapage : Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation, AJ pénal n°6/2005, juin 2005, p. 217.

⁵ T. Corr. Paris, 17^e ch. 2 novembre 2000, D. 2000, IR, p. 286 ; et sur appel CA Paris, 11^e ch. 17 décembre 2001, JCP 2002, II, 10087, note J. Devèze et M. Vivant ; des mêmes auteurs : Courrier électronique professionnel et secret, où l'oubli du flexible droit conduit à un déni de droit, Comm. Electr., 2001, chr. n° 24.

⁶ Cass. Crim. 16 décembre 1971, Bull. Crim. n° 355.

⁷ Cass. Crim. 15 octobre 2002, Bull. Crim. n° 186.

⁸ TGI Cherbourg 31 mars 1981, D 1981 p. 536, note D. Mayer ; RSC 1982, p. 119, obs. G. Levasseur.

d'administration de substances nuisibles à la santé le fait de dissimuler volontairement son état de séropositivité pour avoir des relations sexuelles non protégées avec son partenaire qui a été finalement contaminé¹. L'on se souvient qu'en revanche, la Cour de cassation a refusé d'appliquer à la contamination par le virus de l'immunodéficience humaine la qualification d'empoisonnement, à défaut d'intention homicide de l'auteur².

b) ^{Mais} le principe d'interprétation stricte et l'interdiction classique de l'interprétation analogique³ ont conduit les juridictions pénales à ne pas étendre déraisonnablement les incriminations existantes à des situations qui s'éloignaient trop des prévisions du législateur.

La dématérialisation des biens a marqué l'une des limites des concepts existants du droit pénal : la chose susceptible d'appropriation, de détournement, de recel est classiquement conçue comme une chose matérielle. Des données, des informations ne relèveraient pas de cette catégorie et imposeraient donc au législateur d'élargir les textes d'incrimination existants. Ainsi, n'a pu être qualifié de chose susceptible d'être volée l'utilisation d'un minitel sans autorisation de l'abonné pour se livrer à des communications télématiques : de telles communications n'étant qu'une prestation de service insusceptible d'appropriation, elles n'entraient pas dans la catégorie des choses visées à l'article 379 du code pénal ancien⁴. Identiquement, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'une onde hertzienne, fût-elle porteuse d'un signal codé ou non, et dont l'énergie résiduelle peut être recueillie sur une antenne de réception disposée à cet effet, relève d'une nature immatérielle, et en l'absence d'un quelconque support qui fait qu'elle échappe à la maîtrise de son émetteur, elle ne peut être assimilée à une chose au sens de l'article 379 de l'ancien code pénal⁵.

De même, et en dépit d'incitations doctrinales⁶, une information n'a pas été considérée comme susceptible de faire l'objet d'un recel : tel a été le cas pour une information contenue dans un brevet, insusceptible de vol⁷, ou de stipulations d'un contrat, qui ne peuvent faire l'objet d'un abus de confiance,

¹ Rouen, 22 septembre 1999, *JCP* 2000, IV, 2736 ; Colmar 4 janvier 2005, *D.* 2005, p. 1069, et sur pourvoi, *Cass. Crim.* 10 janvier 2006, *Bull. Crim.* n° 11 ; *Dr. Pén.* 2006, p. 30, obs. Véron ; *RSC* 2006 p. 321, obs. Y. Mayaud ; *Cass. Crim.* 5 octobre 2010, à paraître au *Bull. Crim.* ; voir sur la question B. Chapleau : La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle, *Dr. pénal* octobre 2006, *Etude* n° 8, p. 5.

² *Cass. Crim.* 2 juillet 1998, *Bull. Crim.* n° 211, *D.* 1998, p. 457, note J. Pradel ; *JCP* 1998, II, 10132, obs. M.L. Rassat.

³ voir B. Fillion : La réception de l'innovation technologique par le droit pénal, *RSC* 1990, p. 270.

⁴ *Cass. Crim.* 12 décembre 1990, *Bull. Crim.* n° 430, *D.* 1991, p. 364, note S. Mirabail.

⁵ Paris 24 juin 1987, *D.* 1988, *Som.* p. 226, obs. T. Hassler ; *GP* 1987, 2, p. 512, note J.-P. Marchi, *RSC* 1988, p. 793, obs. P. Bouzat.

⁶ P. Catala, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, *chron.* p. 97 ; M.-P. Lucas de Leyssac, Une information seule est elle susceptible de vol ou d'atteinte aux biens ?, *D.* 1985, *chron.* p. 43.

⁷ *Cass. Crim.* 29 avril 1986 ; *D.* 1987, p. 131, note M.-P. Lucas de Leyssac ; *JCP* 1987, II, 20788, note . H. Croze.

le détournement n'étant punissable que s'il porte sur l'écrit support du contrat¹. La formule célèbre employée par la Cour de cassation dans l'arrêt qu'elle a rendu dans la mémorable affaire du Canard Enchaîné mérite d'être rappelée : « *une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions tant de l'article 460 applicable jusqu'au 1^{er} mars 1994, que de l'article 321-1 du CP, entré en vigueur à cette date, qui ne répriment que le recel de choses et ne relève, le cas échéant, si elle fait l'objet d'une publication contestée par ceux qu'elle concerne, que des dispositions légales spécifiques au droit de la presse ou de la communication audiovisuelle* »².

L'informatisation des services, et l'effacement de l'humain face à la machine, a de même traduit les limites des incriminations traditionnelles face à des techniques modernes. L'on se souvient ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé d'appliquer la qualification vol, ni quelque autre qualification pénale, à l'abus de distributeur automatique de billet commis par le titulaire d'une carte bancaire retirant des sommes supérieures à la provision disponible sur son compte³. Pourtant, la Cour de cassation semble aujourd'hui plus favorable, alors même que la loi a élargi les incriminations pénales liées aux nouvelles technologies, à recourir aux qualifications générales (telles l'abus de confiance, ou le vol) du code pénal pour réprimer des détournements d'informations⁴.

*

* *

L'on ne pourra clore ce survol de la permanence du code pénal face aux progrès scientifiques et techniques sans remarquer que l'un des facteurs principaux de cette permanence découle de la dissémination du droit pénal hors du code pénal lui-même. Ainsi, la grande majorité des incriminations créées au cours des dernières décennies ont été dispersées dans des lois particulières ou dans d'autres codes. Une telle dispersion du droit pénal est compréhensible, tant le législateur s'emploie à créer des incriminations nouvelles destinées à sanctionner des prescriptions techniques auxquelles elles sont indissociablement liées⁵. Ce droit pénal technique, fruit des progrès techniques et scientifiques, a ainsi très largement proliféré en dehors du code

¹ Cass. Crim. 9 mars 1987, Bull. Crim. n° 111 ; voir J. Francillon : L'adaptation du droit pénal à certaines formes de délinquance informatique et audio-visuelle, in Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'A. Vitu, Cujas 1989, p. 211.

² Cass. Crim. 3 avril 1995, Bull. Crim. n° 142 ; D. 1995, Somm. p. 320, obs. J. Pradel ; RSC 1995 p. 645, obs. B. Bouloc.

³ Cass. Crim. 24 novembre 1983, Bull. Crim. n° 315 ; D. 1984, p. 465, note Lucas de Leyssac ; JCP 1985, II, 20450, note Croze.

⁴ Voir pour l'utilisation illicite du numéro de carte bancaire d'un tiers, qualifié d'abus de confiance : Cass. Crim. 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338 ; Dr. pénal 2001, comm. N° 28, obs. M. Véron ; RSC 2001, p. 08, obs. M. Ottenhoff ; Cass. Crim. 19 mai 2004, ou pour le détournement de données numériques, qualifié de vol, plutôt que d'immixtion illicite dans un système de données : Crim., 1^{er} mars 1989, Bull. n°100 ; Crim., 12 janvier 1989, Bull. n°14, Crim., 4 mars 2008, pourvoi n°07-84.002.

⁵ J.-J. Bresson : Inflation des lois pénales et législations et réglementations techniques, RSC 1985 p. 241.

pénal, dans des lois spéciales. En outre, le mouvement de la codification a également contribué à cette dissémination du droit pénal hors du code pénal. L'excroissance du droit pénal spécial se traduit ainsi désormais au sein de codes nouveaux¹ : puisqu'un code est dédié à une réglementation technique particulière, la sanction pénale de la violation de ces normes spécifiques sera intégrée dans ce code dédié, plutôt que dans le code pénal. Voici quelques-unes des nombreuses illustrations de ce phénomène, que nous limiterons aux seuls crimes et délits, à l'exclusion des contraventions. Ainsi, la première codification directement liée à une innovation technique qui vient à l'esprit est certainement le code de la route (instauré par un décret du 27 mai 1927). Un autre mode de transport moderne, l'avion, invention déterminante de l'évolution des échanges humains et commerciaux du XX^e siècle, a lui aussi donné naissance à son code spécialisé : le code de l'aviation civile (validé par une loi du 8 décembre 1972). Ou encore le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, adopté par une loi du 17 décembre 1926, qui intéresse la police de la navigation et le droit social, qui vont être fusionnés au sein d'un code des transports (ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010). Le code de l'environnement (ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000) est pour sa part le fruit des dangers de l'industrialisation sur l'eau, la terre et l'air... J'aurai réservé à la fin de cet inventaire subjectif et parcellaire le code de la santé publique. Ce produit de l'extraordinaire évolution des sciences biologiques et médicales et de leur encadrement par l'Etat pour bâtir ses politiques de santé publique, contient bien évidemment un important volet répressif destiné à sanctionner les pans de réglementation qu'il organise. Une telle luxuriance se combine toutefois, nous allons le voir dans quelques instants, avec des dispositions du code pénal touchant au même domaine.

L'on peut réfléchir à la nouvelle cartographie du droit pénal que dessine l'articulation entre code pénal et codes spéciaux. Il faut certainement voir dans cette appartenance d'une infraction à un code plutôt qu'un autre, comme y invite M. le Professeur Mayaud, « *le signe d'une sensibilité politique, [porteur] de riches retombées en termes de valorisation sociale* »² ? Il est indéniable que les choix de codification traduisent la finalité d'une législation ou d'une réglementation et expriment une hiérarchie des valeurs protégées par le législateur. Ainsi, le code pénal regrouperait la somme des infractions heurtant le plus la conscience commune et serait le creuset, le réceptacle, des infractions « *naturelles* », pour reprendre la catégorie criminologique proposée par Garofalo, lorsque des codes spéciaux accueilleraient plutôt des infractions à des législations plus techniques, et seraient plus naturellement le lieu d'élection de ce que la doctrine criminologique qualifie de « *crimes conventionnels* ». La distinction est certes grossière (le code pénal regorge d'infractions autres que « *naturelles* », au sens garofalien du terme). ^{Mais} il n'est pas vain, ne serait-ce que dans une optique

¹ F. Desportes et F. Le Gunehec : *Droit pénal général, Economica, 9^e éd. 2002, § 97.*

² Y. Mayaud : *La loi pénale, instrument de valorisation sociale, in code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire, éd. Dalloz, 2010, p. 3 et spéc. p. 12 à 14.*

légistique et pédagogique, d'admettre que les infractions considérées comme réprimant les atteintes aux valeurs supérieures de notre société ont plutôt vocation à être gravées au sein du code pénal que dans des codes à vocation moins générale et moins essentielle au lien social.

Ceci nous permet d'aborder l'accueil par le code pénal des infractions créées pour répondre aux déviances générées par les progrès de la science et des techniques.

II - L'IRRUPTION DU PROGRES DANS LE CODE PENAL : LES MODIFICATIONS DU CODE PENAL IMPOSEES PAR LE PROGRES SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE

Les limites de l'interprétation de la loi pénale qui viennent d'être examinées, mais aussi la nécessité de réaffirmer la protection juridique de valeurs face à de nouveaux dangers, ont imposé des adaptations et des modifications du code pénal, alors même que ces progrès et dangers faisaient l'objet d'une réglementation spéciale, éventuellement accueillie dans des codes spéciaux, l'une et les autres dotés d'un arsenal pénal.

Ces adaptations nécessaires du code étaient clairement anticipées et programmées par les rédacteurs du code pénal de 1992, mais elles demeurent embryonnaires. Les réformateurs du code pénal, durant les travaux ayant abouti à notre code actuel, avaient en effet un temps envisagé d'y intégrer tout le droit pénal spécial « technique »¹. Mais cette tâche titanesque a dû être différée. Comme l'ont reconnu le Parlement et le Gouvernement, à cet égard, la réforme du code pénal n'est pas encore achevée². Quoiqu'il en soit, le titre V ouvert dans le nouveau code lors de sa création, est destiné à recevoir, comme son intitulé l'indique, tous les « *autres crimes et délits* » de notre droit. Toutefois, à l'entrée en vigueur du code nouveau, le 1^{er} mars 1994, ce titre était quasiment vide : il ne comportait que deux articles relatifs... aux sévices graves ou actes de cruauté contre les animaux. A ce jour, le livre V du code pénal n'a eu qu'une occasion d'accueillir une catégorie nouvelle d'infractions : les infractions en matière d'éthique biomédicale, introduites par la loi du 29 juillet 1994 ; nous y reviendrons.

Cette extension du code pénal par l'adjonction d'incriminations techniques, en dépit de l'apparition de codes spéciaux, que nous avons évoquée il y a quelques instants, peut s'expliquer par la technique des correspondances entre « *code pilote* » et « *code suiveur* »³ : une disposition

¹ Voir F. Desportes et F. Legunehec, *op. cit.* § 97.

² Comme l'avait souligné le rapporteur de la commissions des lois constitutionnelles et de la législation de l'Assemblée Nationale, sur le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal (séance du 1^{er} octobre 1989, JO AN débat p. 3325), « Il conviendra ensuite de compléter le code pénal par une série de livres regroupant des législations éparses en diverses matières : droit du travail, droit de l'environnement, droit de la santé publique. Soyons réalistes, ces livres ne pourront être discutés qu'au cours de la prochaine législature. »

³ Voir Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.* § 97.

pénale est insérée dans un code dit « pilote », et est reproduite dans le code « suiveur » qu'est souvent le code pénal ; la modification de la disposition « pilote » entraînera modification mécanique de la disposition « suiveuse ». Le code pénal nous offre plusieurs exemples de cette méthode : ainsi, la loi du 29 juillet 1994 sur la bioéthique, que nous allons évoquer dans quelques instants, sont des dispositions « pilotes » et ont été reproduites, comme dispositions « suiveuses » dans le code de la santé publique.

Quoi qu'il en soit, si le code pénal a pu depuis sa création, accueillir des infractions nouvelles liées aux progrès techniques ou scientifiques, ces apports ont pu se réaliser parfois par adjonctions raisonnée de blocs cohérents (A -) et, plus souvent, par irruptions anecdotiques (B -).

A - L'ACCUEIL RAISONNÉ PAR LE CODE PÉNAL D'INFRACTIONS PORTÉES PAR DES NOUVELLES SCIENCES OU TECHNIQUES

Les principales irruptions dans le code pénal d'incriminations découlant de sciences et techniques nouvelles sont très récentes, à l'aune des deux siècles qui nous intéressent. Elles ont été provoquées à partir de la fin des années 1980 par l'apparition de la cybercriminalité (1-) et de la bioéthique (2-). Attardons-nous y quelques instants, sans qu'il soit question de décrire par le détail ce très riche droit pénal spécial.

1. Les infractions en matière informatique, dans l'ancien et dans le nouveau code pénal

L'invention de l'informatique et son explosion à l'orée des années 1960 ont très rapidement engendré une « délinquance informatique », qui a suscité études criminologiques, dès le début des années 1970, et la conscience d'une nécessité d'adapter une législation pénale n'offrant pas d'incriminations adaptées à des délits caractérisés par une immatérialité, une instantanéité, une délocalisation, susceptibles de désorienter les pénalistes¹. Certes la loi n° 88-15 sur l'informatique, les fichiers et les libertés du 6 janvier 1978 avait créé des infractions pénales spécifiques, dont l'objet essentiel était de sanctionner les dispositions de fond relatives à la création et la tenue de fichiers informatiques. ^{Mais} la réaction pénale face à cette forme nouvelle de délinquance s'organisait par le recours, ou plutôt la tentative de recours, aux incriminations traditionnelles du code pénal, telles le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance. Nous avons déjà évoqué les limites de la répression qu'imposait l'application bien entendue par les juridictions pénales du principe de légalité². Le constat s'est finalement imposé que, face au

¹ J. Pradel et al. : Informatique et droit pénal, *Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers*, éd. Cujas 1983 ; R. Gassin : Le droit pénal de l'informatique, *D.* 1986, *chr.* p. 35.

² Sur l'état de l'arsenal répressif de la délinquance informatique et la genèse de la loi du 5 janvier 1988, voir les articles de R. Gassin : Le droit pénal de l'informatique, *op. cit.* et La protection pénale d'une nouvelle « universalité de fait » en droit français : les systèmes de

développement de la cybercriminalité, le droit pénal de l'informatique était encore pratiquement inexistant en France dans le domaine de la protection des biens, et qu'un véritable vide juridique apparaissait dans les domaines de l'accès sans droit aux données ou programmes informatiques, de la captation ou de la destruction sans droit de ces données ou programmes¹.

Le législateur est donc intervenu pour créer de nouvelles incriminations spéciales, par la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 sur les fraudes informatiques².

Cette loi mérite que l'on s'y attarde quelques instants. D'abord en ce qu'elle est source d'un véritable droit pénal spécial de l'informatique, traduisant l'appréhension du progrès par le droit pénal. ^{Mais} surtout, en ce que le législateur a fait le choix d'intégrer cette législation spéciale dans le code pénal, marquant ainsi sa volonté de rattacher ce pan du droit pénal, non pas au droit pénal technique proliférant hors du code, mais bien plutôt au droit pénal commun³. La loi a ajouté au titre II du livre III de l'ancien code pénal un chapitre III intitulé « *De certaines infractions en matière informatique* », rajoutant ainsi, au sein des « *crimes et délits contre les particuliers* » une catégorie nouvelle, au côté des « *crimes et délits contre les personnes* » et des « *crimes et délits contre les propriétés* » : les infractions informatiques. La loi a ainsi créé l'infraction d'accès ou maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données (article 462-2 al. 1 de l'ancien code pénal), aggravée lorsque cet accès ou ce maintien ont provoqué la suppression ou la modification des données contenues dans le système, ou encore l'altération du fonctionnement de ce système (article 462-2 al. 1 de l'ancien code pénal). Ont également été instaurés le délit d'introduction ou de suppression illicite et intentionnelle de données dans un système de traitement automatique de données (article 462-4 ancien code pénal), ainsi que celui de falsification de documents informatisés de nature à causer préjudice à autrui (article 462-5 et 462-6 ancien code pénal)⁴. La loi du 5 janvier 1988 a enfin incriminé le fait

traitement automatisés de données (commentaire de la loi n°88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, *ALD 1989*, 2^e à 6^e cahiers.

¹ Proposition de loi Godfrain, *Doc AN session 1985-1986*, n° 352.

² R. Gassin : *art. préc. à l'ALD 1989* ; H. Croze : L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique (à propos de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique), *JCP 1988*, I n° 3333. Comme l'a souligné un auteur, sans cette intervention législative, les fraudes informatiques n'auraient pu être pénalement sanctionnées : B. Fillion, La réception de l'innovation technologique en droit pénal, *op. cit. spéc. p. 277*. Comme le soulignait l'exposé des motifs de la proposition de loi Godfrain, l'objectif du législateur était en l'occurrence de combler un « vide juridique » et de « trancher les hésitations jurisprudentielles et les querelles doctrinales » : *exposé des motifs de la proposition de loi déposée par M. Godfrain, JO AN Déb. 1986-1987*, n° 352, p. 3, cité par B. Fillion, *op. cit. p. 278*.

³ R. Gassin : *art. préc. à l'ALD 1989*, 2^e cahier, spec. § 5.

⁴ Ces incriminations n'ont pas été reprises dans le nouveau code pénal, ces faits tombant désormais sous le coup de l'incrimination générale de faux et usage de faux, dont la définition a été élargie par l'article 441-1, pour s'étendre aux nouveaux supports potentiels de faux, c'est-à-dire à « tout support d'expression de la pensée » : voir M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, 12^e éd. 2008, n° 503.

d'entraver ou fausser intentionnellement au mépris des droits d'autrui le fonctionnement d'un traitement automatisé de données (délit de sabotage informatique, prévu à l'article 462-3 aCP).

L'irruption dans le code pénal, sous l'impulsion du progrès technique, d'une nouvelle catégorie d'infractions contre les personnes s'est prolongée à l'occasion de l'adoption du nouveau code pénal en 1992. Les fraudes informatiques ont été reprises dans le nouveau code, mais le législateur a adopté à cette occasion une approche différente de la nature des incriminations créées par la loi de 1988 : d'infractions contre les particuliers, elles ont désormais été classées, au sein des crimes et délits contre les biens (Livre III du code pénal). Elles apparaissent désormais, parmi les « *autres atteintes aux biens* » (Titre II), aux côtés du recel et autres infractions assimilées, et aux côtés des destructions, dégradations et détériorations, comme « *atteintes aux systèmes automatisés de traitements de données* » (articles 323-1 à 323-7 CP). Ces incriminations ont d'ailleurs été revisitées par la loi du 24 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui a créé de nouveaux délits et aggravé les sanctions encourues¹.

En revanche, le code pénal nouveau a accueilli en son sein les principales infractions de la loi « *Informatique et Liberté* » du 6 janvier 1978, qui ont été classées parmi les atteintes à la personne humaine (Livre II, Titre II, du code pénal), et considérées comme des atteintes à la personnalité (chapitre III), résultant des fichiers ou traitement informatisés (articles 226-16 à 226-24 du code pénal)².

Ces dispositions ont été modifiées et complétées à plusieurs reprises, et notamment par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Cette loi traduit une sévérité accrue de la répression (des peines de cinq années d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende sont souvent prévues), par l'extension du champ d'application des incriminations et l'alourdissement des sanctions fulminées. L'essentiel des incriminations instaurées par ces textes consiste en la violation des règles édictées par la loi de 1978 sur l'informatique et les libertés. D'ailleurs, l'article 50 de la loi de 1978 découlant de sa réforme par la loi du 6 août 2004, procède à la technique du renvoi, en disposant que « *les infractions aux dispositions de la présente loi sont prévues et réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du code pénal* ».

Ainsi, est réprimé (articles 226-16 et s. CP) le fait de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans respecter les formalités préalables à leur mise en œuvre, qui, bien que le texte d'incrimination ne le précise point, sont définies par les articles 22 et suivants de la loi de 1978. L'article 226-17 incrimine quant à lui le fait de procéder ou

¹ M. Véron, *op. cit.* n° 501 et s.

² M. Véron, *op. cit.*, n° 299 et s. Agathe Lepage : Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Droit pénal*, mars 2005, *Etude* n° 5, p. 6.

faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en œuvre les mesures préventives prévues à l'article 34 de la loi de 1978, qui impose au responsable du traitement de prendre toutes précautions utiles pour préserver la sécurité des données (instauration de codes, de clés d'accès...). L'article 226-18 réprime pour sa part le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite, quand l'article 226-18-1 incrimine la collecte de données en dépit de l'opposition légitime de la personne concernée. L'article 226-18-1 prohibe le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré son opposition, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciales. Est incriminé par l'article 226-19 la mise ou la conservation en mémoire informatisée, sans consentement de l'intéressé, de données à caractère personnel faisant apparaître directement ou indirectement ses opinions religieuses, philosophiques ou religieuses, ou son appartenance syndicale, ou son orientation sexuelle, ou encore des données concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté. L'article 226-19-1 vise quant à la lui le traitement des données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

L'oubli du droit à l'oubli, c'est-à-dire la conservation des données à caractère personnel au-delà de la durée légale, ou de la durée prévue par l'autorisation de la CNIL ou la déclaration du traitement est puni par l'article 226-22. Enfin, une incrimination est destinée à protéger la finalité affectée au système de traitement automatisé des données, telle que définie dans l'autorisation de ce traitement par la CNIL, ou la déclaration effectuée auprès de la CNIL par le responsable de ce traitement. Le fait d'utiliser des informations à des fins autres que celle fixée par ces autorisations ou déclaration est incriminé par l'article 226-21.

Des auteurs ont pu déplorer que, quoi qu'intégrés au sein du code pénal, ce dispositif répressif demeurerait abscons, par les renvois trop fréquents qu'il opère aux dispositions substantielles de la loi de 1978 ; que penser, à cet égard, de l'article 226-16 al. 2 CP qui incrimine « *le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à un traitement qui a fait l'objet de l'une des mesures prévues au 2° de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* » ? Ou de l'article 226-16-1, qui réprime le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel incluant le numéro national d'identification des personnes physiques « *hors le cas où le traitement a été autorisé dans des conditions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978* »¹ ? L'obscurité du texte va croissant lorsque le renvoi à la loi de 1978 n'est plus qu'implicite, comme dans l'article 226-16 al. 1 CP : « *Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi (...)* ». Ainsi, la symbolique forte découlant du

¹ A. Lepage, art. préc. au Dr. pénal mars 2005, spec. pp. 9 et 10.

rattachement nouveau au code pénal de ces infractions à une législation en apparence très technique, mais ancrée au domaine de la protection des libertés fondamentales, est quelque peu sapée par la difficulté qu'ont le citoyen (... et le justiciable), à cerner les contours de l'interdit et du licite à la seule lecture du code.

2. Les infractions bioéthiques

L'étude des diverses incriminations en matière de bioéthique sont intéressantes à un double titre : elles traduisent en effet l'adaptation non seulement du droit pénal, mais du code pénal lui-même, aux dangers dont sont porteuses les prodigieuses incursions de la science dans la connaissance de l'humain, de sa constitution et de sa reproduction¹. Retraçons en brièvement la genèse.

Nous l'indiquons il y a quelques instants : notre jeune code pénal a très tôt accueilli en son chapitre V les incriminations destinées à prévenir et réprimer les débordement de la recherche médicale à l'encontre de l'espèce humaine, de l'individu ou de l'embryon, nouvel objet de l'intérêt de la science. Mais les lois bioéthiques ont également donné lieu à des incriminations relevant des catégories plus traditionnelles du code pénal.

a) La première loi en la matière, la loi n° 88-1138 du 29 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, avait créé l'incrimination de pratique d'une recherche biomédicale sur l'être humain sans consentement de la personne, qui n'avait pas été intégrée dans le code pénal, mais dans le code de la santé publique (article L. 209-19 du code de la santé publique). Le nouveau code pénal a repris en 1992 cette incrimination, en son article 223-8. De façon intéressante, le codificateur a classé cette infraction parmi la catégorie des mises en danger de la personne, nouvellement créée (voir le troisième chapitre du titre du code pénal sur les atteintes à la personne humaine...), ce qui va nous permettre de constater la diversité de nature des infractions en matière de bioéthique.

Relevons également que pour cette infraction, le législateur a appliqué la technique des codes « pilotes » et des codes « suiveurs » préconisée par la commission supérieure de codification : il a en effet reproduit les articles 223-8 et 223-9 du code pénal à l'(ancien) article L. 209-19 du code de la santé publique. En revanche, les infractions plus formelles réprimant les recherches biomédicales pratiquées en violation des règles plus techniques du code de la santé publique sont restées inscrites dans ce seul code (article L 209-19-1 de l'ancien code de la santé publique).

b) Le nouveau code pénal venait à peine d'entrer en vigueur, qu'ont été promulguées les 3 lois bioéthiques du mois de juillet 1994, qui ont provoqué une sensible adaptation du code pénal : loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 sur traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans

¹ *Sur la judiciarisation et la pénalisation des activités médicales, biomédicales et de santé publique, T. Cassuto : La santé publique en procès, éd. PUF, 2008.*

le domaine de la santé ; loi n° 94- 653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal dite de bioéthique. Leurs dispositions pénales ont très largement été intégrées dans le code pénal. Mais dès après leur promulgation, leur risque d'obsolescence face au progrès continu des techniques d'assistance médicale à la procréation, et du clonage est apparu : dès 1997, une équipe de chercheurs écossais clonait une brebis (la fameuse Dolly), et un chercheur coréen annonçait même le premier clonage humain (affirmation qui s'avèrera relever d'une supercherie scientifique) ; un groupe sectaire français affirmait même en 2003 être sur le point de réaliser des clonages humains à visée reproductive. S'inscrivant dans un vaste mouvement de conventions internationales¹ réagissant aux risques induits par l'évolution de ces techniques médicales et biologiques, la France a alors révisé sa législation et renforcé son arsenal pénal en la matière, par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. Il est intéressant de relever que cette loi du 6 août 2004 a été promulguée alors qu'aucune des dispositions pénales de la loi du 29 juillet 1994 n'avait encore donné lieu à application jurisprudentielle. Ceci est bien la preuve de la portée exemplaire et préventive du dispositif pénal attaché aux lois bioéthiques.

Revenons quelques instants sur les lois du 29 juillet 1994². Adoptées cinq mois à peine après l'entrée en vigueur du code pénal, elles ont directement intégré à celui-ci des incriminations nouvelles rejoignant sa philosophie, qui vise au premier chef la protection de la personne humaine³. Avec la législation de 1994 s'est ouvert un champ nouveau d'infractions, destiné à faire barrage aux excès ou abus des progrès des sciences biomédicales. 27 articles nouveaux du code pénal étaient créés, se subdivisant eux-mêmes, et répartis dans le code pénal entre atteintes à l'espèce humaine, au corps humain et à l'embryon humain.

La première loi des deux lois du 29 juillet 1994 (loi n° 94-653 sur le respect du corps humain) a complété les articles 227-12 du CP (qui incriminait l'abandon d'enfant ainsi que l'entremise entre une personne désireuse

¹ Voir ainsi : Convention d'Oviedo du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 sur la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ; Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine ; Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997 ; protocole additionnel du 12 janvier 1998 à la Convention d'Oviedo, portant interdiction du clonage des êtres humains ; protocole additionnel du 24 janvier 2002 à la Convention d'Oviedo, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine ; déclaration des Nations Unis sur le clonage humain du 8 mars 2005.

² M. Véron : Ethique biomédicale, empreintes génétiques et sanction pénale, présentation des lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, *Dr. pénal novembre 1994, chr. n° 65 et décembre 1994, chr. n° 67* ; A. Prothais : Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale, *JCP 1999, I, 129* ; Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique, *RSC 2000, p. 39*.

³ P. Couvrat, *Livre II, Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal, RSC 1993, p. 469, spéc. p. 470 et 471.*

d'adopter un enfant et un parent désirant l'abandonner), pour désormais appréhender directement la technique des mères porteuses.

La seconde loi du 29 juillet 1994 (loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal) a pour sa part opéré une répartition au sein du code pénal des incriminations nouvelles qu'elle créait: celles relatives aux empreintes génétiques ont été intégrées dans le livre II du code pénal relatif aux infractions contre les personnes¹. En revanche, les infractions en matière d'éthique biomédicale ont été intégrées dans un nouveau chapitre du Livre V du code pénal consacré aux autres crimes et délits, créé à leur intention.

Seconde originalité, le législateur de 1994 a dupliqué systématiquement les incriminations du code pénal en matière d'éthique biomédicale dans le code de la santé publique, suivant la technique de la « *disposition miroir* ». A titre d'exemple², l'article L. 674-2 du code de la santé publique disposait : « *Comme il est dit à l'article 511-2 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende* ». Cette répartition des incriminations entre le code de la santé publique et le code pénal, voire au sein du code pénal lui-même, a donné lieu à diverses réserves ou critiques doctrinales³, traduisant la symbolique attachée à une telle topographie juridique...

Le statut de l'embryon n'était pas envisagé par les lois de 1994. Si le législateur avait strictement interdit toute recherche effectuée sur l'embryon, il avait néanmoins prévu que des études insusceptibles de porter atteinte à son intégrité fussent conduites sur l'embryon. Les progrès médicaux ayant permis de se livrer au diagnostic préimplantatoire, le législateur a dû prendre cette évolution scientifique en considération en 2004, lors de la révision des lois bioéthiques. De même, le sort de milliers d'embryons créés dans le cadre de projets parentaux, mais non implantés devenait problématique... La nécessité de légiférer s'imposait donc sur ce thème à l'occasion de la révision des lois de 1994.

¹ *A ainsi été créée une section VI du chapitre 6 du Titre II du Livre II : des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristique ou de l'identification par ses empreintes génétiques* » (articles 226-25 à 226-28 CP). Y sont incriminés : le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales (226-25) ou de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales (226-27) ; de détourner de leur finalité médicale ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne aux moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques (226-26) ; de recherche ou d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales, ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire ; de divulguer ces informations relative à une telle identification ...

² Le procédé des dispositions miroirs est en effet employé pas moins de quatorze fois dans la loi n° 94-654.

³ M.-L. Rassat : présentation de la loi à la RSC 1995, pp. 373 et s. ; A. Prothais : art. préc. p. 725.

c) La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique y a remédié. Celle-ci embrasse les thèmes de l'éthique et biomédecine ; des droits de la personne confrontée à ses caractéristiques génétiques ; du don et de l'utilisation des éléments et produits du corps humain ; de la protection juridique des inventions biotechnologiques ; des produits de santé ; de la procréation et embryologie (est affirmée l'interdiction du clonage reproductif, en même temps qu'est encadré le diagnostic prénatal et l'assistance médicale à la procréation, tout comme le sont les recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et fœtales humaines). La loi n'est cependant pas allée jusqu'à incriminer ce que des auteurs qualifient d'« embryonicide »¹, qui donne lieu à des débats nourris en doctrine sur la position de la Cour de cassation qui refuse d'assimiler la destruction intra-utero de l'embryon à un homicide, ou ses lésions à des coups et blessures².

Il ne s'agit pas ici d'explorer dans le détail le contenu très riche des dispositions pénales de la loi de 2004.

Retenons seulement que ses dispositions ont été réparties entre plusieurs codes : les principes fondamentaux sont assignés au code civil, au sein des dispositions relatives au respect du corps humain (articles 16 et s. du code civil). Les nouvelles règles relatives à la recherche biomédicale, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain se retrouvent dans le code de la santé publique et le dispositif de protection juridique des inventions biotechnologiques a été placé dans le code de la propriété intellectuelle. Le pan pénal de cette loi, quant à lui est considérable.

Son aspect le plus marquant pour le pénaliste est la retouche apportée par le législateur à la structure du code pénal. La loi a ainsi adjoint aux crimes contre l'humanité, au sein du Titre 1^{er} du 2^e Livre du code, la catégorie nouvelle des crimes contre l'espèce humaine³, créant en l'occurrence le crime d'eugénisme et celui de clonage reproductif. Le premier, prévu par l'article 214-1 du code pénal, consiste dans « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes* », et il est

¹ A. Prothais, art. préc. p. 724.

² Cass. Crim. 30 juin 1999, Bull. Crim. n° 179 ; D. 1999 p. 170, note. D. Vigneau ; RSC 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud ; Ass. Plén. 29 juin 2001, Bull. Ass. Plén. n° 8. Parmi la très abondante littérature en la matière, voir : C. Puigelier, Depuis Louis XIV, à propos du status juridique de l'embryon et du fœtus, in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc, éd. Dalloz, p. 923.

³ M. Véron : Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004, Dr. pénal novembre 2004, Etudes, n° 16, p. 11. Dans le projet de loi n° 3166 sur la bioéthique, les dispositions relatives à l'eugénisme et au clonage reproductifs avaient vocation à être intégrées dans le livre V du code pénal (article 21 du projet de loi, créant un article 511-1 du CP : 1°) eugénisme puni de 20 ans de réclusion criminelle, et : 2°) clonage reproductif). Après amendements présentés lors de la discussion du projet devant le Sénat (amendement n° 127 du gouvernement, adopté lors de la séance du Sénat du 30 janvier 2003), sera créé la catégorie des crimes contre l'espèce humaine, et les crimes d'eugénisme (art. 214-1 CP) et de clonage reproductif (art. 214-2 CP) : article 28 de la loi du 6 août 2004. L'importance de ces dispositions a été soulignée le ministre de la santé, M. J.F. Mattéi devant le Sénat (séance du 30 janvier 2003) : « Nous avons bien le sentiment que c'est un moment fort ; une incrimination de cette nature n'est pas créée à chaque session du Parlement ! », en ligne sur le site Internet du Sénat : http://www.senat.fr/seances/s200301/s20030130/s20030130_mono.html#REF_33, p. 33.

puni de 30 années de réclusion et de 7.500.000 euros d'amende. Le clonage reproductif, puni des mêmes peines, est incriminé à l'article 214-2 du code pénal et consiste dans « *le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* ». La réclusion frappant les deux crimes est portée à perpétuité s'ils ont été commis en bande organisée.

Pour le reste, la méthode adoptée par le législateur a consisté à fixer les grands principes et les modalités de leur mise en œuvre et à déterminer ensuite les sanctions pénales encourues par ceux qui ne respecteraient pas ces dispositions. La plus grande partie des incriminations a été intégrée dans le code pénal, mais par le mécanisme des « dispositions miroir », leur contenu a ici encore été repris à l'identique dans divers articles du code de la santé publique, qui rappellent l'existence du texte concerné du code pénal et y renvoient. De la sorte, à titre d'exemple, l'article L. 2163-1 du code de la santé publique renvoie à l'article 214-2 du code pénal, qu'il reproduit, et qui incrimine « *Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* », pour le punir de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende¹.

Ainsi, les dispositions du code pénal en matière d'éthique biomédicale ont été modifiées du fait des modifications apportées aux dispositions relatives à l'embryon et portant notamment sur l'interdiction explicite des méthodes de reproduction d'un être humain utilisant le clonage, ou encore les conditions d'encadrement de la recherche sur l'embryon. D'autres adaptations du code pénal ont également été rendues nécessaires par les aménagements apportés aux conditions de l'assistance médicale à la procréation ainsi que par des changements de forme (des modifications de numérotation, par exemple) dans le code de la santé publique². Les autres infractions relatives à la bioéthique

¹ La même technique est employée : à l'article L. 2163-2 du CSP (renvoi aux articles 511-1 et 511-1-1 du code pénal, reproduits au CSP) ; à l'article L. 2163-3 du CSP (renvoi à l'article 511-17 du code pénal), à l'article L. 2163-4 du CSP (renvoi à l'article 511-18 du code pénal) ; à l'article L. 2163-5 du CSP (renvoi à l'article 511-18-1 du code pénal) ; à l'article L. 2163-6 du CSP, qui reproduit l'article 511-19 du code pénal) ; à l'article L. 2163-7 du CSP (qui reproduit l'article 511-19-2 du code pénal), à l'article L. 2163-8 du CSP (qui reproduit l'article 511-19-3 du code pénal) ; à l'article L. 1272-9 du CSP (qui reprend l'article 511-19-1 du code pénal).

² A cet égard, l'article 511-1 a été modifié pour punir de réclusion criminelle le prélèvement de gamètes en vue d'un clonage reproductif. L'article 511-19 a également été modifié et sanctionne le fait de procéder à des recherches sur l'embryon sans les autorisations nécessaires et sans se conformer aux conditions précisées dans le cadre de ces autorisations. Un article 511-19-1 a été créé, qui sanctionne d'une peine d'emprisonnement et d'amende le prélèvement, l'utilisation ou la conservation de tissus ou cellules foetaux ou embryonnaires issus d'interruptions de grossesse sans respecter les conditions prévues à l'article L. 1241-5 ou en dehors de toute finalité thérapeutique ou scientifique. L'article 511-22 a pris en compte les modifications introduites à l'article L. 2142-1 du code de la santé publique en ce qui concerne les activités d'assistance médicale à la procréation. De même, a été introduit un article 511-23 sanctionnant les déplacements d'embryons dans ou hors du territoire sans accord du ministre de la santé. A également été créé un article 511-25 qui, d'une part, incrimine l'accueil d'embryon qui ne respecterait pas les conditions prévues à l'article L. 2141-8 du code de la santé publique et qui,

ont été réparties entre le Livre II du code pénal, incriminant les atteintes à la personne, et le livre V du code pénal, dont nous avons vu qu'il a vocation à progressivement accueillir les infractions aux réglementations techniques, et dont le premier et seul véritable bloc a jusqu'à présent été consacré aux infractions en matière d'éthique biomédicale¹. Sont ensuite pénalement incriminées au second livre du code pénal diverses atteintes aux caractéristiques génétiques de la personne². Un dispositif pénal encadre également le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain³. Enfin, un lourd arsenal pénal encadre la réglementation applicable à la

d'autre part, sanctionne la divulgation d'information nominative permettant l'identification des couples parties dans un accueil d'embryon.

¹ *Ainsi, divers délits d'atteinte à l'espèce humaine ont été créés par la loi de 2004, et intégrés non pas au livre II, mais au livre V du code, parmi « les infractions en matière d'éthique biomédicale ». Est de la sorte incriminé, le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes dans le but de clonage humain (article 511-1 du code pénal), sanctionné de dix ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende. Est également incriminé, et moins sévèrement sanctionné (trois années d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende), le délit de provocation à ce prélèvement (article 511-1-2 al. 1^{er} du CP), ainsi que toute propagande ou publicité en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif (art. 511-1-2 al. 2 du CP).*

² *Puisque depuis 1994, et de façon plus détaillée depuis 2004, le code civil énonce le principe selon lequel l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, et avec le consentement de la personne concernée, consentement recueilli dans des conditions strictement encadrées par la loi, l'article 226-25 du code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende le fait de procéder à un tel examen médical sans avoir recueilli le consentement de la personne. L'article 226-27 du code pénal sanctionne pour sa part des mêmes peines le fait de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans avoir recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article 16-1 du code civil. Enfin, l'article 223-8 du CP incriminait depuis 1994 l'expérimentation sur une personne sans avoir recueilli son consentement libre, éclairé et exprès, exonère depuis 2004 l'examen des caractéristiques génétiques ou son identification par ses empreintes génétiques effectués à des fins de recherche scientifique.*

³ *La législation de 1994 prévoyait les hypothèses dans lesquelles il pouvait être porté à l'intégrité du corps humain (article 16-3 du code civil), et réprimait les autres atteintes. Depuis la loi du 6 août 2004, l'atteinte au corps humain est légitimée, non plus seulement en cas de nécessité médicale pour la personne concernée, mais également, à titre exceptionnel « dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». L'application de ce principe est organisée par les articles 1231-1 et suivants du code de la santé publique, qui déterminent le degré d'alliance ou de parenté exigé entre donneur et receveur, ainsi que les protocoles de mise en œuvre. Le prélèvement sur donneur vivant est conditionné à son accord libre et éclairé, quand le prélèvement sur donneur décédé peut être pratiqué dès lors que celui-ci n'avait pas manifesté de son vivant d'opposition à un tel prélèvement (CSP, L. 1232-1). Les articles 511-2 et suivants du code pénal, créés par la loi de 1994, relatif à la protection du corps humain ont été modifiés et complétés pour les adapter à la nouvelle législation. Les articles 511-3, 511-5, 511-5-1 incriminent ainsi les prélèvements d'organes, tissus, cellules ou la collecte de produits sans respecter les procédures d'autorisation ou de conservation imposées, ou réalisés en dehors des cas prévus par le CSP. Les articles 511-5-2 à 511-8 incriminent quant à eux la conservation, la transformation, la distribution ou la cession d'organes, de tissus, de produits cellulaires ou de produits humains sans respecter les conditions de déclaration préalable ou d'autorisation prévues par le code de santé publique, ou après un retrait ou une suspension de l'autorisation. L'importation ou l'exportation de tels organes, tissus, cellules ou produits cellulaires en méconnaissance des dispositions du code de la santé publique est pour sa part lourdement réprimée (cinq années d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende).*

procréation médicalement assistée et à l'embryologie¹. Au-delà des crimes de clonage qui ont été examinés, un dispositif de miroir est organisé par la loi entre le code pénal et le code de la santé publique, celui-ci reproduisant, en y renvoyant, l'arsenal tissé dans le code pénal. Certes, la recherche sur l'embryon humain a été autorisée par la loi du 6 août 2004 pour permettre l'amélioration des techniques d'implantation des embryons et pour favoriser l'usage des cellules souches destinées à régénérer diverses autres cellules du corps humain ; mais cette autorisation légale, prudente et mesurée, est encadrée par des conditions drastiques de fond et de forme, dont la violation est pénalement réprimée par les articles 511-15 et suivants du code pénal. Ici encore, la lourdeur des sanctions fulminées (consistant souvent en un emprisonnement de sept années) démontre la gravité que le législateur attache à cette forme de délinquance, qui est susceptible de porter ses coups au cœur même de l'intégrité et de la dignité humaine.

Notre attention sur cette branche du droit en perpétuelle évolution ne doit pas se relâcher, puisque l'on sait que la ministre de la santé et des sports a présenté, le 20 octobre 2010, un projet de loi relatif à la bioéthique, qui devrait introduire des dispositions nouvelles, en matière de don croisé d'organes ou d'encadrement des procédés d'assistance médicale à la procréation (congélation ovocytaire ultra rapide, ou vitrification ; ouverture d'une possibilité d'accès à l'identité du donneur pour les personnes issues d'un don de gamètes ; autorisation de certaines recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires en matière de diagnostic et de prévention).

B - L'ACCUEIL ANECDOTIQUE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES PAR LE CODE PÉNAL

Enfin, au-delà de l'intégration au code pénal de véritables blocs cohérents d'incriminations, rattachés à une matière unitaire, le législateur a ponctuellement, pour ne pas dire anecdotiquement, inséré dans le code des infractions nouvelles, appelées par des techniques ou sciences récemment apparues. A cet égard, la nouvelle technologie conduit parfois à la création

¹ Est ainsi puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende par l'article 511-16 du code pénal, le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues par les articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique ; est incriminé par l'article 511-17 du code pénal et puni des mêmes peines que les précédentes, le fait de procéder à la conception *in vitro* ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; ou encore le fait de procéder à la conception *in vitro* ou à la constitution par clonage d'embryons humains aux fins de recherche (article 511-18 CP) ou à des fins thérapeutiques (511-18-1 CP). L'étude et la recherche sur l'embryon humain sont soumises aux conditions prévues par l'article 511-19 qui incrimine le fait d'y procéder sans avoir obtenu le consentement et l'autorisation prévus par le CSP et sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires. La conservation et l'utilisation des cellules ou tissus embryonnaires ou fœtaux à l'issue d'une interruption de grossesse sont également régis par le législateur (articles 1241-5 du CSP) ; la violation de ces dispositions est sanctionnée par l'article 511-19-1 du code pénal qui y renvoie. Les conditions de l'accueil d'un embryon par un couple ayant accepté de recourir à la procréation médicalement assistée font également l'objet d'un dispositif organisé par le code de la santé publique (article L. 2141-6 du CSP). La violation de ces dispositions par les équipes médicales exerçant les activités propres à cet accueil sont prévues et réprimées par l'article 511-25 du code pénal.

d'incriminations nouvelles (1-), voire même, de façon plus remarquable, à la création de nouvelles circonstances aggravantes (2-). En voici quelques illustrations.

1. La nouvelle technologie fait l'objet d'incriminations nouvelles

Le droit pénal spécial s'est régulièrement et ponctuellement emparé de l'instrumentalisation criminelle de nouvelles techniques. Quelques exemples arbitraires peuvent en être apportés.

a) Ainsi, la recrudescence du recours par les terroristes internationaux du détournement d'avion a suscité la loi n° 70-634 du 15 juillet 1970, intégrant au code pénal le délit de détournement d'aéronef¹ (qui sera étendue en 1990 aux moyens de transport aériens, maritimes et terrestres et des plates formes fixes situées sur le plateau continental) ; ce délit a été incriminé par l'article 462 de l'ancien code pénal et l'est aujourd'hui par l'article 224-6 du code pénal, qui est donc classé parmi les infractions portant atteinte à la personne humaine.

b) Les utilisations malignes du téléphone ont également connu leur traduction dans le code pénal. Ainsi, l'article 222-16 du code pénal vise comme l'une des atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne les appels téléphoniques malveillants réitérés (la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 y a même ajouté les agressions sonores) en vue de troubler la tranquillité d'autrui². Ces agissements étaient pourtant réprimés, sous l'empire de l'ancien code pénal, sous la qualification de blessures volontaires (article 309 de l'ancien code pénal)³.

c) Les atteintes à la vie privée par les nouvelles technologies font également l'objet d'incriminations au sein du code pénal.

L'apparition et la démocratisation de technologie permettant l'espionnage de la vie privée par captation clandestine de l'image ou de la parole a conduit une réaction du législateur : la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 avait introduit dans le code pénal ancien diverses infractions réprimant les atteintes à l'intimité de la vie privée par l'emploi de technologies nouvelles : ainsi l'article 368 du code pénal ancien visait l'écoute, l'enregistrement ou la transmission, au moyen d'un appareil quelconque, des paroles prononcées dans un lieu privé, sans le consentement de l'intéressé, ou encore la fixation ou la transmission au moyen d'un appareil quelconque de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans son consentement. Aux côtés de la captation clandestine d'images ou de paroles, ont également

¹ Voir sur la question, S. Plawski, Le détournement d'aéronefs, RSC 1973, p. 305.

² L'incrimination a pu être appliquée à un envoi réitéré de messages « SMS » ou « texto » adressés à la victime de jour et de nuit, qui se traduit par un signal sonore sur le téléphone mobile de son destinataire : Cass. Crim. 30 septembre 2009, Bull. Crim. n° 162, RSC 2009 p. 838, obs. Y. Mayaud ; Dr. pénal 2009, n° 147, obs. M. Véron ; AJ pénal 2010 p. 24, note Royer.

³ Cass. Crim. 3 janvier 1969, Bull. Crim. n° 1, D. 1969, p. 152 ; 7 mars 1990, RSC 1991, p. 80, obs. G. Levasseur ; 3 mars 1992, Bull. Crim. n° 95, Dr. pénal 1993, p. 225, note M. Véron.

été incriminés les montages audiovisuels : l'article 370 de l'ancien code pénal créé par la loi de 1970 et aujourd'hui repris à l'article 226-8 du code, réprime ainsi, parmi les atteintes à la personnalité, le fait de publier le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention.

d) D'autres exemples anecdotiques d'incriminations nouvelles inscrites dans le code pénal peuvent être tirés de la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance¹.

Tel est le cas du « *happy slapping* » : la loi du 5 mars 2007 a inséré dans le chapitre du code pénal relatif aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne, à la suite de la section III bis consacrée au harcèlement moral, une section III ter intitulée « *De l'enregistrement et de la diffusion d'images de violence* », accueillant l'article 222-33-3. Ce texte érige ainsi au rang de complicité d'actes d'atteintes volontaires à la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 le fait d'enregistrer sciemment des images relatives à la commission de ces infractions, et incrimine de façon autonome, pour le réprimer de cinq années d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende le fait de diffuser l'enregistrement de telles images.

Réagissant à la recrudescence de la cyber-pédophilie, favorisée par la diffusion et la démocratisation des modes de communication numériques, la même loi de 2007 a créé une incrimination, inscrite à l'article 227-23 alinéa 5 du code pénal, qui consiste à consulter habituellement sur un service de communication au public en ligne l'image ou la représentation, présentant un caractère pornographique, d'un mineur. Cette loi a aussi incriminé (article 227-22-1 du code pénal) le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle, en utilisant un moyen de communication électronique.

2. La nouvelle technologie est une circonstance aggravante de l'infraction

Les cas dans lesquels la nouvelle technologie crée une circonstance aggravante de délits précédents sont plus rares et remarquables. Tel est le cas de l'article 132-79 du code pénal, créé par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique.

Lorsqu'un moyen de cryptologie au sens de l'article 29 de cette loi du 21 juin 2004 a été utilisé pour préparer ou commettre un crime ou un délit, ou pour en faciliter la préparation ou la commission, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé². Ces dispositions ne sont toutefois pas

¹ A. Lepage : Un an de droit pénal des nouvelles technologies, *Droit pénal*, décembre 2007, Chr. n° 6, p. 17.

² « 1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ; 2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ; 3° Il est porté à vingt ans de réclusion

applicables à l'auteur ou au complice de l'infraction qui, à la demande des autorités judiciaires ou administratives, leur a remis la version en clair des messages chiffrés ainsi que les conventions secrètes nécessaires au déchiffrement.

L'on pourra aussi relever, mais d'une portée moindre, la circonstance aggravante d'utilisation d'un réseau de télécommunication pour commettre des infractions sexuelles, qu'ont créée les articles 13 à 17 de la loi n° 98-648 du 17 juin 1998. Ainsi, l'article 227-22 du code pénal prévoit que le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Ces peines sont toutefois portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques. De même, l'article 227-23 du code pénal réprime de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation pornographique d'un mineur, ou encore le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter. Mais ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.

*

* *

L'examen, anecdotique, de l'accueil du progrès scientifique et technique par le code pénal permet de poser une question qui touche plus largement l'ensemble de notre législation répressive : quelle est la lisibilité actuelle du droit pénal ? L'émiettement des sources entame l'impératif de connaissance de la loi, et au fur et à mesure que s'étendent les domaines d'intervention de l'Etat dans l'organisation de la société, la règle selon laquelle chaque citoyen est réputé connaître la loi s'éloigne de plus en plus de la réalité¹.

criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ; 4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ; 5° Il est porté à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ; 6° Il est porté à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ; 7° Il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus ». M. J.-F. Genvic a dénoncé l'excessive généralité d'une telle circonstance aggravante, en relevant que : « Même pour le terrorisme une telle généralité n'est pas admise. », RSC 2004 pp. 907-908.

¹ Bresson, *op. cit.* p. 249.

Mais au-delà de cette considération, cet examen conduit à un autre constat : ce progrès scientifique et technique a bien plus influencé le droit pénal général que le droit pénal spécial dans le code pénal. Une ultime considération, enfin : je crains de n'avoir pas le plaisir de vous retrouver dans deux cents pages de nos dissertations sur les évolutions du code pénal depuis ce bicentenaire ; mais il n'est pas audacieux de gager que les évolutions des techniques et des sciences auront, tout comme elles l'ont eu depuis 1810 jusqu'à nos jours, bien moins de prise sur notre droit pénal et sur le code qui en est le pilier le plus majestueux, qu'elles ne pourront en avoir sur la procédure pénale ; il n'est que de constater les bouleversements qu'ont provoqués sur cette procédure les progrès de la preuve scientifique, de l'expertise, des modes de reproduction et de communication des preuves et des pièces du dossier, de la visioconférence¹... Décidemment, le cours que suit le code pénal est bien plus tranquille que son confluent tumultueux qu'est le code de procédure.

¹ Voir notamment sur ces questions passionnantes : sous la direction de O. de Frouville, *La preuve pénale, Internationalisation et nouvelles technologies, Perspectives sur la Justice, La Documentation Française, 2007.*

L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PÉNALE PAR LE JUGE

Emmanuel PIWNICA,
avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,
ancien président de l'Ordre

« *En matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence* » : c'est en ces termes que s'exprimait l'un des rédacteurs... du code civil¹. La loi pénale serait nécessairement claire, précise, *intelligible* : dépourvue d'ambiguïté, elle échapperait en conséquence à toute interprétation. Le vœu de Portalis, faut-il le rappeler, n'a pas été exaucé ! L'obscurité de la loi, qu'elle fut pénale ou civile, rendait – et rend – son interprétation nécessaire. Après la relégation du référé législatif² procédé « *funeste* »³, c'est au juge, « *pénétré de l'esprit général des lois* »⁴, qu'est revenue la charge d'interpréter la loi, sans distinction relative à son objet, la jurisprudence étant « *le vrai supplément de la législation* »⁵. L'injonction de l'article 4 du code civil, selon lequel le juge ne peut refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » est d'autant moins discutable qu'elle s'exprime dorénavant sous la formule du « *droit au juge* » de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Bref, l'interprétation n'est pas simplement un pouvoir qui serait accordé au juge ; c'est un véritable devoir qu'il lui appartient de mettre en œuvre. Les modalités selon lesquelles ce travail d'interprétation se réalise résultent de la spécificité de la matière pénale. La répression étant soumise, depuis le code pénal de 1810 au principe de légalité des délits et des peines, la règle pénale est d'interprétation stricte (I).

¹ Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*.

² Loi du 1^{er} avril 1837 abrogeant le référé législatif institué sous la Révolution lorsque l'on pensait que le juge de cassation ne devait être qu'une « sentinelle du droit ». Voir également le système institué par la loi du 16 septembre 1807 qui renvoyait cette interprétation à l'exécutif. La dernière survivance qui concernait l'interprétation des traités internationaux a été soustraite à la compétence du ministre des affaires étrangères (CE Ass., 29 juin 1990, GISTI, D. 1990, jur. p. 560, note P. Sabourin ; CE, 17 février 1999, Teytaud, requête n° 182302, interprétant les accords d'Evian ; 1^{er} Civ., 19 décembre 1995, Bull. 1995, I, n° 470, p. 326, interprétant l'accord de Khartoum du 4 août 1963) après que la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le renvoi à une autorité non juridictionnelle privait le justiciable du droit à un tribunal indépendant (CEDH, 24 novembre 1994, consorts Beaumartin, D. 1995, jur. p. 273 note X. Prétot).

³ Portalis, *préc.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

Pour autant, le monde s'est transformé. La société du début du XXI^e siècle n'est plus celle du début du XIX^e, c'est un lieu commun. Certains actes étaient et demeurent répréhensibles. Certes. Mais on ne saurait nier l'existence de comportements nouveaux ni une modification de l'attitude sociale à leur égard. Si crimes, criminels et peines demeurent, l'appréhension de la criminalité, la réflexion sur la répression, son efficacité, son articulation avec les différentes formes de prévention, ont évolué, à l'instar de la société elle-même.

Cette évolution a, également, affecté tant l'interprétation des textes que les techniques d'interprétation. En particulier, le pouvoir d'interprétation de la loi pénale s'exerce désormais sous la contrainte effective des normes supérieures que sont la Constitution et les traités internationaux. Ce n'est pas tant l'existence de règles supra législatives qui est nouvelle que l'effectivité de leur mise en œuvre : leur éventuelle méconnaissance est désormais sanctionnée par des interprètes dédiés, au premier rang desquels figurent le Conseil constitutionnel et les juridictions internationales, Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne, dont les décisions obligent le juge pénal (II).

I - UN POUVOIR D'INTERPRÉTATION LIMITÉ

La limitation du pouvoir d'appréciation du sens et de la portée de la loi pénale par le principe de légalité des délits et des peines qui commande l'interprétation stricte (A) a conduit le juge à élaborer des directives d'interprétation (B).

A - LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION STRICTE DE LA LOI PÉNALE

Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale¹ résulte du principe de légalité des délits et des peines². Pour mesurer la portée du principe d'interprétation stricte, il convient par conséquent de revenir sur l'articulation entre rôle du législateur et office du juge (1). Le principe de légalité pénale explique également les limites du principe d'interprétation stricte (2).

1. Le rôle du législateur et l'office du juge

La loi, entendue dans son sens organique, est la source unique du droit pénal : elle a le monopole de la création des infractions et des peines ; c'est au législateur seul qu'il incombe de déterminer les mauvaises conduites et d'en prévoir la sanction. Le principe de légalité des délits et des peines trouve ainsi sa source, pour ce qui concerne le droit national, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

¹ Article 111-4 du code pénal.

² Article 111-3 du code pénal.

Si l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que « *la loi fixe les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale* », ce texte règle une question de compétence normative. Il n'épuise pas l'exigence de légalité des délits et des peines puisqu'aussi bien, la loi fixe les règles dans diverses autres matières dans lesquelles le juge jouit néanmoins d'un large pouvoir d'interprétation.

Les articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789 ne s'intéressent pas seulement à l'élaboration de la loi pénale mais également à sa mise en œuvre par le juge. Ils énoncent en effet que « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* » et que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». S'en déduit une combinaison singulière entre le travail normatif qui incombe au seul législateur et celui d'interprétation qui revient au juge. On sait que la qualité de la norme est soumise à des exigences constitutionnelles : la loi doit être accessible et intelligible¹ ; elle doit être non équivoque² et se garder d'une complexité excessive³. Tel est le crible auquel est passée la loi civile.

Parallèlement, le juge, tenu de donner une solution au litige, peut, doit remédier aux éventuelles carences législatives. Il bénéficie donc d'une grande latitude d'interprétation ; la matière civile est le lieu des constructions prétoriennes. La loi pénale est en revanche soumise à une exigence de qualité renforcée ; elle est recommandée, pour reprendre le mot de Portalis, à la « *sollicitude* » du législateur⁴.

Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution et du principe de légalité des délits et des peines l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis⁵.

A raison de l'objectif qui leur est assigné, « *les matières criminelles peuvent devenir l'objet* » de la part du législateur, « *d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles* »⁶. Cette exigence réduit corrélativement la marge d'interprétation du juge. Une disposition pénale n'est, certes, pas contraire à la Constitution du seul fait qu'elle laisse place à

¹ L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi « découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 » ; il s'agit de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » ; Cons. const., déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, cons. 6 ; déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 9 ; déc. n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, cons. 19.

² Article 34 de la Constitution ; Cons. const., déc. n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, cons. 9.

³ Cons. const., déc. n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 77 et s.

⁴ Portalis, Discours préliminaire précité.

⁵ Cons. const., déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, cons. 5.

⁶ Portalis, Discours préliminaire précité.

l'interprétation¹ ; mais l'interprétation ne doit elle-même laisser aucune place à l'arbitraire². Face à une loi pénale obscure, le juge reste tenu de statuer sur la cause qui lui est soumise. Mais comme la loi pénale obscure ne peut servir de fondement à une poursuite, il ne peut que refuser de condamner le prévenu.

La Cour de cassation décide ainsi que « *toute infraction doit être définie en termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui*³ ».

2. Les limites de l'interprétation stricte de la loi pénale

Le principe de légalité, qui fonde le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, en commande également les limites. Puisqu'il s'agit d'éviter une rigueur non nécessaire, l'interprétation stricte épargne les règles qui jouent en faveur de la personne poursuivie. Les causes d'exonération de la responsabilité pénale n'ont pas à être interprétées de manière restrictive. A titre d'exemple, on observera que sous l'empire de l'ancien code pénal, la légitime défense des personnes a ainsi été étendue à la légitime défense des biens et l'immunité familiale, prévue en matière de vol, étendue à l'escroquerie et à l'abus de confiance.

De même, loi de procédure pénale n'est pas la loi pénale. Elle n'est pas soumise au principe d'interprétation stricte, mais doit être lue à la lumière du respect dû aux droits de la défense, du droit au recours et plus largement des exigences du procès équitable en matière pénale. Ainsi, dans la ligne tracée par la Cour européenne des droits de l'homme⁴, la Cour de cassation a décidé que la recevabilité du pourvoi du prévenu ne pouvait, en cas de délivrance d'un mandat de justice, être subordonnée à sa détention⁵.

B - LES DIRECTIVES D'INTERPRÉTATION DE LA LOI PÉNALE

Contraint dans son pouvoir d'interpréter la loi pénale, le juge a dû se fixer des directives propres à satisfaire aux exigences du principe de légalité. Ecartant l'interprétation littérale et l'interprétation par analogie (1), il préfère rechercher, de manière pragmatique, indépendamment de toute *méthode*, l'objectif poursuivi par la loi (2).

1. L'exclusion de l'interprétation littérale et de l'interprétation par analogie

La Cour de cassation a rejeté la méthode de l'interprétation littérale.

¹ Ass. Plén., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-70.716, à paraître au bulletin, à propos de l'imprécision de l'article L. 131-17 du code du sport.

² Cons. const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, cons. 7.

³ Crim., 27 mars 1995, Bull. crim. 1995, n° 125, p. 355 ; voir également : Crim., 16 janvier 2002, Bull. crim. 2002, n° 6, p. 14.

⁴ CEDH, 29 juillet 1998, Guérin c. France, Rec. 1998-V ; 23 novembre 1993, Poitrimol c. France, série A 277-A.

⁵ Crim., 30 juin 1999, Bull. crim., 1999, n° 167, p. 478.

L'interprétation littérale, c'est en effet le refus de l'interprétation. Soit la lettre du texte est claire et il n'y a pas lieu à interprétation ; soit la lettre est ambiguë et on ne saurait s'en tenir au sens lexical. A l'autre extrême, l'interprétation analogique méconnaît ouvertement le principe de la légalité pénale puisqu'elle offre d'étendre l'incrimination à des hypothèses similaires à celles que vise le texte. La Cour de cassation l'a écartée avec la même fermeté. Le juge ne peut procéder par analogie ou induction.

La jurisprudence en fournit de multiples illustrations, au nombre desquelles l'impossibilité d'étendre au cas de l'enfant à naître l'incrimination d'homicide involontaire¹. De même, l'appellation « taxi » ne peut s'appliquer à des motos² ; l'utilisateur d'une automobile n'est pas redevable de l'amende pour excès de vitesse³ ; la location d'un immeuble ne peut constituer une tromperie⁴.

2. La recherche de l'objectif poursuivi par la loi

Si le texte est accessible à l'interprétation et ne doit pas être écarté purement et simplement, le juge recherche l'objectif poursuivi par la loi pour en déterminer le sens et la portée.

Ainsi, la dénonciation mensongère ne peut concerner que l'infraction, et non une circonstance aggravante⁵ ; la vente d'un bien immobilier ne constitue pas une activité économique, justifiant des poursuites pour discrimination⁶ ; le délit d'entrave au fonctionnement des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne s'applique qu'aux organismes énumérés par le texte⁷.

Le juge a égard non seulement à l'intention du législateur de l'époque, mais également à l'évolution de l'environnement factuel et juridique. La frontière du répréhensible est parfois mouvante.

En matière de presse, la Cour de cassation rappelle ainsi que les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite, faisant ainsi échapper à la répression, des propos susceptibles d'être considérés comme homophobes tenus dans la suite des débats et de l'adoption de la loi du 30 décembre 2004⁸. De même, le fait d'exercer un droit de préemption dans un but raciste ne constitue pas une discrimination⁹.

¹ *Ass. Plén.*, 29 juin 2001, Bull. crim. 2001, n° 165, p. 546 ; *Crim.*, 25 juin 2002, Bull. crim. 2002, n° 144, p. 531 ; *Crim.*, 4 mai 2004, Bull. crim., 2004, n° 108, p. 418 : « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant ».

² *Crim.*, 23 février 2010, pourvoi n° 09-83.070.

³ *Crim.*, 25 novembre 2009, pourvoi n° 09-82.373.

⁴ *Crim.*, 13 janvier 2009, Bull. crim. 2009, n° 12, p. 31.

⁵ *Crim.*, 20 décembre 2006, Bull. crim., n° 323, p. 1196.

⁶ *Crim.*, 24 mai 2005, Bull. crim. 2005, n° 151, p. 543.

⁷ *Crim.*, 12 avril 2005, Bull. crim. 2005, n° 129, p. 448.

⁸ *Crim.*, 12 novembre 2008, Bull. crim. 2008, n° 229, p. 1064.

⁹ *Crim.*, 17 juin 2008, Bull. crim. 2008, n° 148, p. 655.

Il reste que le juge qui met en œuvre la loi pénale est également soumis à des contraintes externes devant lesquelles il ne peut que s'incliner dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation.

II - UN POUVOIR D'INTERPRÉTATION CONTRAINT

Que la loi pénale soit subordonnée à la Constitution et aux textes internationaux n'est pas nouveau. Mais le juge répressif exerce désormais son pouvoir d'interprétation sous la contrainte de la jurisprudence de juges dédiés, qui interprètent la Constitution (A) ou certains textes internationaux (B).

A - LA NORME CONSTITUTIONNELLE

S'il apprécie la validité d'un texte réglementaire, voire d'une décision individuelle, au regard de la loi, de la Constitution, plénitude de juridiction oblige, le juge répressif n'exerce aucun contrôle de constitutionnalité de la loi. La solution est constante¹.

Le contrôle de constitutionnalité est l'apanage du seul Conseil constitutionnel. Les décisions de conformité ou de non-conformité à la Constitution rendues par le Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités juridictionnelles² et par conséquent au juge de droit commun qui applique la loi pénale.

Le Conseil constitutionnel peut censurer les dispositions pénales qui ne présentent pas la qualité requise (1). Mais il peut également se prononcer sur l'interprétation de la loi pénale par le truchement de la réserve d'interprétation (2).

1. La non-conformité

La censure d'une disposition pénale commande son élimination de l'ordre juridique, sous réserve de la modulation des effets de son abrogation dans le temps. Il n'y a donc plus lieu à interprétation.

La nouveauté tient à l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, de la question prioritaire de constitutionnalité³, qui permet de déférer à la censure du Conseil constitutionnel une loi en vigueur. Or la loi en vigueur a été interprétée par le juge ; la question prioritaire de constitutionnalité peut-elle, dès lors, porter sur la disposition telle qu'elle est interprétée ? Le débat est connu et si la Cour de cassation s'est montrée, dans un premier temps, hésitante, dès lors que le législateur organique avait exclu qu'une pure création jurisprudentielle puisse être soumise au contrôle de constitutionnalité, la ligne de partage est désormais claire : la question prioritaire de

¹ Voir notamment, D. Commaret, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : perspectives de droit pénal » in L'application de la Constitution par les Cours suprêmes, sous la direction de G. Drago, Dalloz, 2007, p. 73 ; *Crim.*, 26 février 1974, Bull. crim. 1974, n° 82, p. 204 ; *Crim.*, 21 janvier 1985, Bull. crim. 1985, n° 31, p. 79.

² Article 62 de la Constitution.

³ Article 61-1 de la Constitution.

constitutionnalité peut être transmise dès lors qu'elle porte sur une disposition telle qu'elle a été interprétée¹.

La solution, consacrée par le Conseil constitutionnel en matière civile et en matière fiscale, par deux décisions des 6 et 14 octobre 2010 présente un caractère général qui la rend également applicable en matière pénale : « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »². Encore faut-il, il est vrai, que la question porte sur la conformité à la Constitution de la disposition en cause et non sur une question distincte, telle son champ d'application³.

2. Les réserves d'interprétation

La Cour de cassation disposant d'une plénitude de juridiction pour interpréter la loi, elle s'était, par exemple, affranchie du raisonnement proposé par le Conseil constitutionnel au sujet du statut pénal du chef de l'Etat⁴, même si, il est vrai, le résultat n'était pas fondamentalement distinct. Et le juge exerce librement son pouvoir d'interprétation, sous réserve du principe d'interprétation stricte, à l'égard d'une disposition pénale déclarée conforme à la Constitution.

En revanche, lorsque le Conseil constitutionnel valide une disposition législative sous réserve de l'interprétation qu'il en donne, cette *réserve d'interprétation* s'impose au juge chargé d'appliquer la loi. La Cour de cassation doit ainsi tenir compte des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse de réserves « *neutralisantes* », « *constructives* » ou encore « *directives* ». On se souvient que la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (« Perben II ») avait fait l'objet, au terme du contrôle de constitutionnalité, de sept réserves d'interprétation⁵. Dans tous les cas, le juge de droit commun peut et même doit, encore examiner la conformité de la disposition litigieuse à une convention internationale, si la question lui est posée.

B - LES NORMES INTERNATIONALES

Si tous les textes internationaux ont une valeur supérieure à la loi et sont susceptibles d'affecter son interprétation, une place particulière doit être réservée aux textes internationaux qui disposent d'interprètes obligés. Les textes relatifs à l'Union européenne sont ainsi mis en œuvre par la Cour de

¹ G. Zagrebelsky, « *La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité* », *Constitutions 2010*, p. 9 ; P. Deumier, « *QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire)* », *RTDCiv. 2010*, p. 499 ; C. Severino, *La doctrine du droit vivant, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM 2003*.

² *Cons. const., déc. n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010*, Compagnie agricole de la Crau ; *Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010*, Adoption par une personne seule.

³ *Crim., 10 novembre 2010, pourvoi n° 10-85.678, à propos de la constitution de partie civile du Président de la République*.

⁴ *Cons. const., déc. n° 98-408 DC, 22 janvier 1999* ; *Ass. Plén., 10 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 206, p. 660*.

⁵ *Cons. const., déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004*.

justice de l'Union européenne (1) et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. La Cour de Luxembourg

Les renvois opérés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation et plus généralement par le juge répressif français, à la Cour de Luxembourg, sont rares.

Le droit pénal n'était certes pas la priorité de la construction européenne ; mais même dans les domaines « partagés », particulièrement le droit économique, la Chambre criminelle a préféré, semble-t-il, ne pas prendre le pas sur la Chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation en matière de renvois préjudiciels à Luxembourg.

Le nombre de renvois préjudiciels pourrait toutefois augmenter sous l'effet de la mise en œuvre du traité de Lisbonne¹. Le droit des étrangers est une des matières où l'on perçoit que des renvois peuvent intervenir. Et la procédure d'urgence instituée à Luxembourg constitue, indéniablement une invitation voire une incitation pour le juge national à renvoyer. Mais les questions d'*interprétation* qui peuvent être renvoyées à Luxembourg concernent, par hypothèse, l'interprétation du droit communautaire et non celle du droit national.

2. La Cour de Strasbourg²

La Cour européenne des droits de l'homme contrôle la conformité de la loi pénale et de son interprétation aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Ses décisions s'imposent au juge national.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre le principe de légalité des peines et des délits³. Et la Cour européenne des droits de l'homme juge que le principe de légalité des délits et des peines « *commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie* »⁴.

Son contrôle exerce une influence immédiate sur l'interprétation de la loi pénale par le juge puisqu'en cas de condamnation, le réexamen de la décision pénale définitive peut être demandé⁵. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle récemment réexaminé un pourvoi portant sur l'infraction de

¹ Voir à ce propos l'intervention de D. Boccon-Gibod, « Vers un droit pénal européen ? ».

² Voir à ce propos l'intervention de R. Koering-Joulin, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le code pénal ».

³ Article 7.

⁴ CEDH, 22 octobre 1996, Cantoni c. France, Rec. 1996-V, point 29 ; CEDH, 22 juin 2000, Coëme et a. c. Belgique, CEDH 2000-VII, point 145.

⁵ Article 626-1 du code de procédure pénale.

construction sans permis et opéré un revirement de jurisprudence¹, après une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme².

La Cour européenne des droits de l'homme a développé une méthode spécifique (1), qui s'appuie sur une conception propre du principe de légalité (2).

1. Une méthode spécifique

La méthode de la Cour de Strasbourg s'impose au juge national. L'exemple de la jurisprudence en matière de liberté d'expression est à cet égard significatif de la manière dont les juges doivent dorénavant combiner l'application de la loi nationale, en l'occurrence, la loi du 29 juillet 1881 avec la loi internationale, en l'espèce l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme dans l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme.

On connaît les quatre critères traditionnels de la bonne foi, de nature à exonérer l'auteur de propos susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne: les propos doivent être mesurés ou prudents, leur auteur doit justifier d'une enquête sérieuse, d'une absence d'animosité personnelle et son but doit être légitime.

Mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose au juge national de rechercher également si le débat est ou non d'intérêt général. Et les quatre critères précités, s'ils ne disparaissent pas en cas de « *débat d'intérêt général* » s'estompent sensiblement : si la Chambre criminelle continue de les prendre en considération, ses exigences paraissent s'atténuer³.

De même la Cour de Strasbourg invite le juge à s'interroger sur la nature des propos : s'agit-il d'un jugement de valeur ou d'une déclaration de fait. Depuis la décision *Jersild* de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 septembre 1994⁴, un jugement de valeur ne peut constituer l'imputation d'un fait précis⁵. La Cour de cassation a fait sienne la position de la Cour de Strasbourg selon laquelle la liberté d'expression, « *sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 vaut non seulement pour les « informations » ou « idée » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique* »⁶.

¹ Ass. Plén., 13 février 2009, Bull. Ass. Plén. 2009, n° 1, p. 1 ; Crim., 6 mai 2002, Bull. crim. 2002, n° 101, p. 346.

² CEDH, 10 octobre 2006, Pessino c. France, req. n° 40403/02.

³ Crim., 11 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 59, p. 265 ; Crim., 12 mai 2009, Bull. crim. 2009, n° 88, p. 333.

⁴ CEDH, 23 septembre 1994, *Jersild* c. Danemark, série A 298.

⁵ Crim., 1^{er} septembre 2010, pourvoi n° 09-88.465.

⁶ CEDH, plénière, 7 décembre 1976, *Handyside* c. Royaume-Uni, n° 5493/72.

Et sur le fondement de ce principe, la Cour européenne des droits de l'homme invite le juge national à un véritable contrôle de proportionnalité : « *Il en découle notamment* » énonce la même décision « *que toute formalité* », « *condition* », « *restriction* » ou « *sanction* » imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi ».

Et ce contrôle de proportionnalité est effectivement exercé en matière de presse : il ne peut s'agir dans une telle matière de se borner à un contrôle purement formel du respect de la loi en vérifiant que les critères visés par le législateur sont réunis pour s'assurer qu'une décision du juge répressif est légale. L'interprétation de la loi impose ici un effort supplémentaire : il ne suffit pas de vérifier que la prévention entre dans les prévisions de la loi, qu'une condamnation est prononcée dans les limites du texte. Il faut encore s'interroger sous l'angle de la *nécessité* : du texte d'incrimination, de la mesure prise.

2. Une conception propre du principe de légalité

La Cour de Strasbourg a en outre développé une conception propre du principe de légalité qui concerne tant son champ d'application que la qualité exigée du texte répressif, donnant de la « loi » et de la « peine » des définitions propres.

S'agissant de la notion de « peine », qui renvoie à celle de « matière pénale », elle refuse en effet de s'en tenir aux apparences et apprécie elle-même « *si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette clause* ». Elle recherche ainsi « *si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction »* » et tient compte de la nature et du but de la mesure en cause, de sa qualification en droit interne, des procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que de sa gravité¹.

Quant à la notion de « droit » visée à l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme, elle ne distingue pas selon l'origine de ce « droit », qu'elle soit législative ou jurisprudentielle² ; elle correspond à la notion de « loi » qui figure dans d'autres articles de la même convention. Il n'y a pas, d'un côté, une disposition pénale abstraite, qui devrait être claire et précise et, de l'autre, une interprétation jurisprudentielle, qui devrait être stricte : le texte ne peut se distinguer de son interprétation ; et l'origine de l'incrimination importe peu : les notions d'accessibilité et de prévisibilité concernent l'ensemble des règles applicables, quelle que soit leur origine³.

Il s'en déduit que si les exigences de l'article 7 peuvent être satisfaites en présence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, elles peuvent, réciproquement, être méconnues à

¹ CEDH, 9 février 1995, Welch c. Royaume-Uni, série A 307-A, points 27 et 28.

² CEDH, Cantoni c. France, précité, point 29 ; CEDH, 22 novembre 1995, S.W. c. Royaume-Uni, série A 335-B, point 35 ; CEDH, 22 novembre 1995, C.R. c. Royaume-Uni, série A 335-C, point 33.

³ CEDH, 29 mars 2006, Achour c. France, Rec. 2006-IV, point 42.

la suite d'un revirement de jurisprudence. En matière civile, l'évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à la bonne administration de la justice : il n'y a pas de droit acquis à une jurisprudence figée¹ énonce la Cour de cassation ; mais le juge doit « *donner des raisons substantielles pour expliquer* » un revirement de jurisprudence² ajoute la Cour de Strasbourg. En matière pénale, le principe de légalité impose en outre que l'évolution ou le revirement de jurisprudence soit prévisible³.

Quant à sa qualité, il n'est pas exigé que la règle pénale soit à l'abri de l'interprétation. Il suffit que la loi pénale soit claire dans « *la grande majorité des cas* » ; la Cour de Strasbourg concède en effet que l'utilisation de la technique des catégories laisse subsister, à la marge, « *des zones d'ombre qu'il appartient au juge de dissiper* »⁴. La clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, n'est donc pas proscrite, aussi longtemps que « *le résultat est cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible* »⁵.

La qualité exigée du droit pénal est comparable à celle qui est requise d'une restriction à un droit garanti par la Convention, laquelle doit être, classiquement, « *prévue par la loi* ». Une restriction est « *prévue par la loi* » dès lors qu'une norme existe et qu'elle répond à des critères de qualité, savoir « *l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit* »⁶.

La prévisibilité de la loi pénale est une notion propre à la Convention. Elle désigne la faculté pour le destinataire de la règle d'en appréhender les conséquences et revêt une portée plus large que la prévisibilité telle qu'on l'entend en droit national s'agissant, par exemple, d'un revirement de jurisprudence⁷. Elle dépend non seulement du contenu du texte pénal et du domaine qu'il couvre, mais également « *du nombre et de la qualité de ses destinataires* »⁸. Elle ne s'oppose pas, enfin, à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant

¹ CEDH, 18 mars 2009, Unedic c. France, req n° 20153/04, point 74 ; 1^e Civ., 11 juin 2009, Bull. 2009, I, n° 124 ; 1^e Civ., 9 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 249, p. 157 ; 1^e Civ., 21 mars 2000, Bull. 2000, I, n° 97, p. 65.

² CEDH, 14 janvier 2010, Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine, req. 36815/03, point 38.

³ CEDH, Pessino c. France, précité.

⁴ CEDH, Cantoni c. France, précité, point 32.

⁵ CEDH, S.W. et C.R. c. Royaume-Uni, précité, respectivement points 36 et 34.

⁶ Par exemple : CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c. France, série A 176-A, point 27 ; 24 avril 1990, Huvig c. France, série A 176-B, point 26.

⁷ 1^e Civ., 5 février 2009, Bull. 2009, I, n° 21, p. 17 ; 25 novembre 1997, Bull. 1997, I, n° 328, p. 222.

⁸ CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio et a. c. Suisse, série A 173, point 68 ; Cantoni c. France précité, point 35.

résulter d'un acte déterminé¹. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur activité. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'ils comportent². La Cour de Strasbourg contrôle ainsi de la manière la plus étroite la prévisibilité de la règle pénale, rejoignant, finalement l'opinion exprimée par Portalis qui rappelait qu'en matière pénale, « *le juge choisit le parti le plus doux si la loi est obscure ou insuffisante et il absout l'accusé si la loi se tait sur le crime* »³.

¹ Voir, parmi d'autres : CEDH, 13 juillet 1995, Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni, série A 316-B, point 37.

² CEDH, Cantoni c. France, précité, point 35.

³ Portalis, Discours préliminaire, précité.

DÉBAT

- **Un intervenant, Procureur général d'Italie**

Vous êtes tous trois tombés d'accord sur la nécessité du principe de légalité de la loi, qui doit être claire et prévisible. Vous avez indiqué que la loi n'était plus en mesure de suivre les évolutions de sociales. Le vrai problème qui se pose aujourd'hui ne concerne donc pas seulement l'interprétation de la loi mais aussi son application. J'aimerais connaître votre point de vue sur les conséquences de cela, d'autant que la loi doit fixer des règles générales.

Les règles générales sont nécessaires et elles existent ; elles ont été établies par le Conseil de l'Europe, à l'occasion d'une étude portant sur la criminalisation et sur les lignes de conduite à suivre. Il convient, au niveau européen, de déterminer quels comportements sont indésirables dans la société et dans quels secteurs il convient de dépénaliser ou de décriminaliser.

La loi est appliquée avec un pouvoir discrétionnaire du juge ou du Parquet : ce pouvoir bute sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, avec l'obligation qui en découle pour les pays de criminaliser ou de décriminaliser dans certains secteurs. Nous avons une obligation de décriminaliser. Vos propos sur la diffamation sont intéressants de ce point de vue puisque le juge national doit décriminaliser à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg. Dans d'autres secteurs, le législateur doit intervenir pour décriminaliser. Si l'action pénale est exercée ou pas ou s'il y a une prescription, le juge ne peut appliquer la loi. Le risque de l'arbitraire existe toujours et il est donc nécessaire de rechercher les bonnes pratiques, à la lumière des règles édictées par Strasbourg, dans l'interprétation et dans l'application de la loi.

- **Christine SAUZEAU, journaliste**

Y a-t-il une application de la loi sur la parité dans la composition des Chambres de la Cour de cassation ? Les hommes et les femmes ont parfois des modes de pensée différents ou complémentaires et les femmes ont peut-être une culture des sciences humaines plus développée. Faut-il une parité dans les Chambres pour avoir une jurisprudence plus équilibrée ?

- **André DECOCQ**

Je peux me demander aussi, dans le fil de votre question, si nous ne devons prévoir, comme au Liban une parité entre Chrétiens et Musulmans.

- **Emmanuel PIWNICA**

Nous nous interdisons en France de prendre en considération la personne même qui rend une décision de justice. La plupart des décisions est rendue par un juge unique (en référé, au tribunal de commerce...) mais, devant la Cour de cassation, les décisions sont systématiquement rendues de manière collégiale, à l'exception des ordonnances du premier Président. Nous nous interdisons par ailleurs de regarder si la décision a été rendue par telle ou telle personne et, encore plus, si c'est un homme ou une femme. Le problème s'est posé sur une demande de récusation qui avait été présentée contre un magistrat de la Cour d'Appel, eu égard à son appartenance religieuse. Ces éléments ne sont pas supportables pour nous : nous n'admettons pas qu'il soit dit que la décision est bonne parce qu'elle a été rendue par un homme ou une femme... Je sais qu'il n'en est pas de même dans certains pays et que certaines écoles sociologiques prennent en considération la nationalité ou le sexe mais tel n'est pas le cas en France et c'est un bonheur.

L'INFLUENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE CODE PÉNAL

Renée KOERING-JOULIN¹,
conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de cassation

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux, et en particulier sur les droits procéduraux, n'est plus à présenter. C'est normal dès lors que le texte phare de la Convention est l'article 6, disposition de loin la plus invoquée tant devant la Cour européenne que devant les juridictions nationales, y compris françaises.

En revanche, beaucoup moins visible est l'influence exercée par elle sur le droit pénal substantiel, vocable qu'il convient de substituer à celui de code pénal, afin d'appréhender certains textes qui lui sont extérieurs. C'est également normal mais pour la raison que le code pénal n'a pas attendu la Convention pour incriminer les grands interdits du décalogue tels « *tu ne tueras point* », qui inspire en partie l'article 2, « *tu ne déroberas point* », auquel puise en partie l'article 1 du Protocole n°1, ou au contraire poser quelques grands principes protecteurs de la personne poursuivie au premier rang desquels le principe de la légalité criminelle, affirmé en 1789 avant de l'être à nouveau en 1950.

Et pourtant cette influence est réelle ; elle est même forte. Et pour tenter de l'appréhender de manière un peu méthodique mais sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, on peut poser la distinction suivante.

Le plus fréquemment, la stipulation conventionnelle à l'origine de la modification de la norme française (réforme législative ou revirement jurisprudentiel) n'a aucune vocation répressive particulière. La Convention pose le droit garanti (2, 4, 5, 8, 10,...) puis décline les ingérences ou restrictions qu'elle autorise les Etats membres à apporter à son libre exercice ; dans ce cas, toutes les branches du droit peuvent opérer ces ingérences, y compris donc le droit répressif comme l'exprime l'expression « *mesure nécessaire... à la défense de l'ordre et à la prévention du crime* » ou encore « *mesure nécessaire... à la prévention des infractions pénales* ». L'influence exercée par la Convention sur le droit pénal est alors identique à celle produite sur les autres branches du droit, sans pour autant être négligeable.

¹ Les propos tenus par Renée Koering-Joulin n'engagent qu'elle-même et en aucune manière la Chambre criminelle.

Et puis il est une hypothèse particulière où la Convention s'adresse spécifiquement et exclusivement au droit pénal. C'est celle de l'article 7, dont on peut même dire qu'il est l'emblème du droit répressif, dès lors qu'il exprime le principe de la légalité criminelle et son corollaire obligé, le principe de la non-rétroactivité des lois plus sévères. L'on verra comment, après des débuts fort discrets, ce texte n'a pas fini d'influer sur le droit pénal français.

I - L'influence générale de la Convention sur le droit pénal matériel

Il est intéressant d'observer les domaines, très divers, dans lesquels la Convention a marqué de son empreinte le droit pénal français. Cette empreinte opère essentiellement de deux manières sur le droit pénal de fond : elle le neutralise, ou, plus exceptionnellement, elle l'impose en tant qu'« *obligation positive* » de l'Etat. Etant précisé que le principe sous-tendant cette influence est le principe de proportionnalité qui emprunte à la fois à la loi du talion (un progrès pour l'époque), à Montesquieu (aux « *Lettres persanes* » comme cela fut rappelé hier), au droit constitutionnel et, bien-sûr, au droit de la grande comme de la petite Europe.

La Convention neutralise le droit pénal

Parfois, c'est l'effet le plus fort, la Convention conduit à la disparition d'une incrimination. Ce fut le cas avec la loi du 4 août 1982 qui, à la suite d'arrêts pris notamment contre le Royaume-Uni¹, a dépénalisé les relations homosexuelles librement consenties entre un majeur et un mineur de quinze à dix huit ans. Pourquoi ? Parce que ce délit d'homosexualité était directement contraire à l'article 8 (droit au respect de la vie privée) combiné avec l'article 14 (interdiction de la discrimination) dès lors que les mêmes relations nouées entre des hétérosexuels, étaient, elles, licites.

Ce fut le cas aussi, pour l'article 10 (liberté d'expression), avec deux arrêts de la chambre criminelle qui, jugeant certaines incriminations attentatoires à cette liberté, car disproportionnées au but à atteindre, les ont écartées². Fut notamment consommée la disparition de la loi n°77-808 du 19 juillet 1977 sur les sondages d'opinion interdisant pendant une semaine avant les élections de publier, diffuser ou commenter tous sondages sur les élections. Désormais, depuis la loi n°2002-214 du 19 février 2002, ce délai est réduit à un jour avant les élections. A la suite de ces arrêts, certains auteurs ont pu parler de véritables « *abrogations judiciaires* »³.

Parfois, l'effet neutralisant est atténué, la Convention admettant l'incrimination mais non la peine, ou encore encadrant tel fait justificatif. S'agissant d'un effet produit sur la peine, on retrouve l'article 10. Au nom de la place éminente reconnue par la Cour à la liberté d'expression « *dans une*

¹ *Dudgeon, Cour plénière, 22 octobre 1981 ; Norris c/Irlande, 26 octobre 1988.*

² *Crim. 16 janvier 2001, Bull. crim. n°10 ; D. 2001, 516, note J. Pradel ; Dr. pénal 2001, comm. 91, obs. J.-H. Robert ;*

³ *J.H. Robert.*

société démocratique », anticipant sur un arrêt Cumpana et Mazare c/Roumanie du 17/12/2004, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a exclu l'emprisonnement pour les différents délits d'opinion « *ordinaires* » contenus dans la loi de 1881 -par exemple la diffamation et l'injure- sauf lorsqu'ils ont une connotation raciale ou assimilée (ethnie, nation ou religion).

S'agissant de l'encadrement d'une cause de justification, l'on peut se référer à l'article 2 de la Convention européenne qui protège le droit à la vie. La Cour européenne, interprétant à la lettre le §2 du texte, a exigé que le recours à la force meurtrière par un agent de l'Etat fût « *rendu absolument nécessaire* » (Mac Cann c/R.Uni, 27/09/1995); aussi en 2003, appliquant cette condition à l'usage d'une arme par un gendarme, la chambre criminelle a-t-elle exigé à son tour que le tir après première sommation fût « *absolument nécessaire* » (Crim. 18 février 2003, Bull. n° 41), neutralisant ainsi l'article 174 du décret du 20 mai 1903. Pour autant, à l'issue de la réforme législative intervenue, l'article L.2338-3 du code de la défense s'abstient de faire référence à cette absolue nécessité.

Il arrive aussi, mais c'est plus rare, que la Cour européenne enjoigne aux Etats membres d'apporter une réponse pénale aux atteintes aux droits garantis.

La Convention impose le droit pénal

Cette exigence est parfaitement illustrée par une affaire française mettant en jeu l'article 4 de la Convention qui prohibe l'esclavage, la servitude et le travail forcé obligatoire. C'est l'affaire Siliadin c/France du 26 juillet 2005¹. Une jeune togolaise de quinze ans révolus, ramenée en France en 1994 avec le consentement de son père dans l'espoir d'une vie meilleure, avait été confiée à un couple qui, après confiscation de ses papiers, la faisait travailler quinze heures par jour sept jours sur sept, ne la payait pas, la faisait dormir dans la chambre des enfants, et lui refusait toute liberté d'aller et de venir à sa guise. Rejetant la qualification d'« *esclavage* » au sens propre, la Cour choisit, comme l'avait fait la commission avant elle vingt ans auparavant², celui de « *servitude* ». Puis, la situation une fois qualifiée, elle constate deux choses : d'abord, l'insuffisance de la législation pénale applicable : l'esclavage domestique n'étant pas incriminé en tant que tel en droit français, le tribunal correctionnel de Paris ne pouvait appliquer aux prévenus que les articles 225-13 et 225-14 du code pénal qui se bornent à réprimer « *de manière beaucoup plus restrictive* », énonce la Cour, l'abus de la vulnérabilité ou de la dépendance de personnes, soit qu'on exploite leur travail en ne les rétribuant pas ou pas assez, soit qu'on les soumette à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (§142)³. Et la Cour

¹ *Sur lequel v. D. 2006, 346, D. Roets; JCP 2005, II, 10142, F. Sudre; RSC 2006, p. 139, F. Massias.*

² *V. Rapport sous Van Droogenbroeck c/Belgique, 9 juillet 1980, §§78 à 80, cité par la Cour (§123).*

³ *Non seulement, le juge correctionnel, sur le fondement du seul article 225-13, a condamné les prévenus à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis partiel (ainsi qu'à une amende et à*

européenne de conclure que s'agissant de « *valeurs fondamentales* » à l'instar de celles défendues par les articles 2 et 3 (§82) « ... *seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace et nécessaire* » (§144). Second élément mis en avant par la Cour : la cour d'appel ayant relaxé les prévenus, et le parquet général ne s'étant pas pourvu en cassation, la censure de l'arrêt n'a donné satisfaction à la jeune femme que sur ses seuls intérêts civils. Et la Cour d'en déduire le manquement de la France à son obligation positive de veiller au respect de l'article 4 par le vecteur du droit pénal.

La loi n°2003-239 du 18 mars 2003 a un peu amélioré la rédaction des deux textes, en supprimant la notion d'abus de la vulnérabilité ou de la dépendance de la victime, en présument la vulnérabilité des victimes mineures ou celle des victimes étrangères venant d'arriver sur le territoire national et en aggravant les peines. Néanmoins, si elle crée une incrimination de « *traite des êtres humains* » afin de satisfaire à d'autres obligations internationales¹, elle ne prononce pas le mot d'esclavage ou de servitude domestique, comme l'y invitait la Cour de Strasbourg.

Pour exceptionnelles qu'elles soient (en bref, il doit s'agir atteintes volontaires aux droits protégés par les articles 2, 3, 4), ces injonctions européennes adressées aux Etats de choisir le droit pénal pour protéger tel ou tel droit garanti peuvent surprendre voire inquiéter de la part d'une Cour de protection des droits de l'homme. Ne risque-t-on pas de voir un jour la voie pénale se banaliser alors qu'elle est elle-même porteuse de dangers pour les droits fondamentaux² ? Or c'est justement parce que la norme pénale est en soi menaçante qu'elle se trouve soigneusement encadrée par l'article 7 de la Convention.

II - L'INFLUENCE SPÉCIFIQUE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION SUR LE DROIT PÉNAL MATÉRIEL

La Cour le dit et le répète³, « *La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public.* » (117)

réparation) mais la cour d'appel les a relaxés et, faute de pourvoi du ministère public, la chambre criminelle n'a été saisie que des intérêts civils ; elle a néanmoins cassé l'arrêt de la cour d'appel au motif que celle-ci n'avait pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient eu regard de l'article 225-13 CP et n'avait pas justifié sa décision au regard de l'article 225-14 (Crim. 11 décembre 2001, B.C. n°256).

¹ *V. sous l'article 225-4-1 CP (Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre et mer, additionnel à la Convention.*

² *Sur cette problématique v. not. F. Tulkens et M. van de Kerchove, Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? Strafrecht als roeping, Liber amicorum Lieven Dupont, Louvain, Univ. Pers leuven, coll. Samenleving, Criminaliteit en Strafrechtspleging, 2005, p. 949.*

³ *V. not. M. c/Allemagne, 17 décembre 2009, Dr. pénal 2010, Etudes 9 L. Grégoire et F. Boulan ; AJ pénal 2010, 129, comm J. Leblois-Happe ; Dr. pénal 2010, chron. 2, n°58, obs. V. Peltier.*

Seul le §1^{er} de l'article 7 sera ici abordé qui, composé de deux énoncés, pose d'abord le principe de la légalité des délits et des peines, ensuite celui de la prohibition de l'aggravation rétroactive des peines et, doit-on ajouter, des incriminations.

Pour examiner la portée de cette influence, l'on distinguera celle opérée sur les composantes de la légalité criminelle de celle produite sur la notion de peine.

1. L'article 7 et les composantes de la légalité criminelle

En suivant la rédaction du texte, l'on commencera (premier énoncé) par examiner la légalité criminelle avant d'aborder (second énoncé) la non-rétroactivité *in pejus*.

- La légalité tout court et *a fortiori* la légalité pénale postulent que, pour être de « qualité », la loi soit accessible et prévisible, partant, suffisamment claire pour être comprise. Certes, de ce point de vue, la Convention européenne n'a pas révolutionné le code pénal français dès lors que le principe de la légalité y a toujours été inscrit, dès 1810, et, même dès 1789, à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme. Néanmoins, cette exigence de qualité, en particulier celle de la loi répressive, s'est traduite, en France, par d'autres « abrogations judiciaires », la chambre criminelle écartant l'un ou l'autre texte réglementaire¹ ou même législatif² jugés par elle trop imprécis pour asseoir une incrimination. De la même manière, une conception scrupuleuse de la prévisibilité de la loi a conduit la Cour européenne à condamner des pratiques judiciaires françaises jugées attentatoires à cette exigence. Et quand bien même le constat de violation se ferait par le biais de l'article 6 (droit à un procès équitable), c'est bien de la prévisibilité et donc de la clarté attendue de la loi incriminatrice qu'il s'agit. Depuis un arrêt Pelissier et Sassi c/France du 25 mars 1999³, la Cour européenne condamne toutes les requalifications opérées notamment en cours de délibéré sans que le prévenu ait pu disposer du temps nécessaire pour préparer sa nouvelle défense, et ce même si les qualifications sont proches voire identiques du point de vue de la peine encourue. C'est ainsi que, en s'inspirant du raisonnement mené par la Cour, on peut affirmer qu'une infraction tentée n'est pas une infraction consommée, encourraient-elles la même peine en droit français, ou encore un complice n'est pas un auteur, même si le code pénal énonce le contraire⁴. Peu

¹ *Crim. 1^{er} février 1990, BC n°56 ; 20 octobre 1991, BC n° 386, à propos d'une disposition du code des communes.*

² *Crim. 20 février 2001, D. 2001, 3001, P. Wachsmann ; Dr. pénal 2001, comm. 86, M. Véron, à propos de l'ancien article 38, alinéa 3 –datant d'un décret-loi du 29 juillet 1939- de la loi du 29 juillet 1881, prohibant la publication « par tous moyens, de photographies, dessins, portraits, ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un crime ou d'un délit » attentatoire aux personnes.*

³ *Adde Mattei c/France, 19 mars 2007.*

⁴ *Article 121-6 : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7. » En revanche, la Cour a jugé que, la pénalisation des tortures ou actes de barbarie au titre d'une circonstance aggravante étant l'équivalent de sa prévision au titre d'une*

importe également que la requalification opérée adoucisse le sort pénal de l'intéressé. De même, le fait qu'un unique article réprime de la même manière exactement deux comportements différents mais voisins¹ ne permet pas pour autant au juge de condamner pour l'une alors que le prévenu a été cité ou renvoyé pour l'autre.

Enfin, et même si les mots ne sont pas prononcés, l'article 7 garantit également le corollaire de la légalité criminelle qu'est le principe de l'interprétation stricte d'une loi pénale de fond, comme l'a rappelé la Cour européenne à plusieurs reprises² et comme l'affirmait déjà la jurisprudence française dès le XIX^e siècle³, la traduction législative expresse du principe ne datant que de la réforme de 1992 (article 111-4 du code pénal).

Eu égard ensuite à la non-rétroactivité d'une loi pénale de fond plus sévère, la Cour a été conduite à en faire une application totalement étrangère au mode de raisonnement français. Le code pénal, lorsqu'il traite des conflits de lois dans le temps, notamment des lois de fond pour rester dans notre sujet (article 112-1 du code pénal), désigne par le vocable « loi » la loi au sens formel ou au sens matériel du terme. Mais en aucune façon, il ne désigne la jurisprudence. Et, il est de tradition, que le revirement de jurisprudence⁴ soit « naturellement rétroactif » y compris lorsqu'en matière pénale, il conduit à soumettre le justiciable à une répression plus rigoureuse que celle normalement applicable au jour de la commission des faits. Telle est la position classique de la chambre criminelle⁵ dont on pouvait redouter qu'elle ne fût condamnée par la Cour européenne. Pourquoi ? Parce que, la jurisprudence participant de la notion de légalité européenne, il est logique que la Cour soumette les revirements de jurisprudence portant sur une norme répressive de droit substantiel aux règles applicables aux conflits de lois dans le temps, au premier rang desquelles la non-rétroactivité *in pejus*. C'est ce qu'elle a fait dans un arrêt Pessino c/France, du 10 octobre 2006 : « faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible » pour le justiciable (§35), le juge européen a estimé qu'en jugeant pour la première fois que la poursuite de travaux malgré un sursis à exécution prononcé par le juge administratif pouvait être assimilée au délit de

infraction autonome, la condamnation du requérant n'avait pas méconnu l'article 7§1 (Ould Dah, 17 mars 2009, Dr. pénal 2009, Etudes 23, M. Toullier).

La chambre criminelle a fait de nombreuses applications de cette jurisprudence européenne conduisant à la cassation de l'arrêt attaqué. V. récemment, Crim. 26 octobre 2010, pourvois n° 09-87.671 et 09-87.853.

¹ *V. par ex. l'article L.234-1 du code de la route qui incrimine la conduite sous l'empire d'un état d'imprégnation alcoolique (I) et la conduite en état d'ivresse (II).*

² *V. not. Kokkinakis c/Grèce, 25 mai 1993 ; S.W. c/Royaume-Uni, 22 novembre 1995, Les Grands arrêts de la Cour EDH, F. Sudre et alii, PUF 5^e éd., 2009, n°37, p. 404 ; Baskaya et Okçuoglu c/Turquie, 8 juillet 1999.*

³ *V. par ex. Crim. 4 février 1898, S.1899, I, 249, Roux.*

⁴ *Sur l'ensemble de la question, v. le rapport sur les revirements de jurisprudence remis à M. le président Canivet (2 tomes, 2004) et en particulier, D. Rebut, Les revirements de jurisprudence en matière pénale (tome II, p.44).*

⁵ *V. Crim. 14 novembre 2000, B.C. n° 338.*

« construction sans permis », au sens du code de l'urbanisme, la chambre criminelle¹ avait violé l'article 7. Il appartient désormais à la Cour de cassation de mettre en œuvre cette nouvelle donne.²

Pour sa part, le principe de la rétroactivité *in mitius*³ n'était pas inscrit dans le code pénal de 1810 ; il n'a fait son apparition -textuelle- qu'en 1992 (article 112-1, alinéa dernier) mais avait été constitutionnalisé en 1981⁴ sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (nécessité des peines). Quant à la Cour européenne, c'est seulement en 2009⁵ (arrêt Scoppola c/Italie, 17 septembre 2009) qu'elle a intégré le principe à l'article 7. Alors que l'ancienne commission avait refusé cette extension en 1978⁶, prenant acte « d'un consensus... progressivement formé au niveau européen et international » (§106), la Cour a estimé « qu'il s'impose de revenir » sur cette jurisprudence et « de considérer que l'article 7... ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce ». (§149) Où l'on voit, juste retour des choses, que parfois ce sont les droits internes des Etats qui font avancer le droit européen et non le contraire.

Enfin, c'est sur la notion de peine que la jurisprudence de la Cour exerce une influence importante.

2. L'article 7 et la notion de peine

On sait que la Cour pratique une interprétation dite « autonome » de certaines notions au premier rang desquelles celle de « peine », au sens de l'article 7. De manière ponctuelle, cela l'a conduite à considérer l'ancienne contrainte par corps⁷ du droit pénal français comme une « peine » au sens de 7 alors qu'elle était considérée par la loi et les juridictions françaises comme une « mesure civile d'exécution forcée des peines pécuniaires » (Jamil c/France, 8 juin 1995). De manière plus générale, cette même autonomie l'a amenée à développer une conception de la peine qui pourrait bouleverser la distinction française entre peine et mesure de sûreté. L'on rappellera que la peine est « un châtement infligé au délinquant en rétribution de l'infraction » dont il a été reconnu coupable alors que les mesures de sûreté sont de « simples »

¹ V. *Crim.* 6 mai 2002, pourvoi n° 01-85.826.

² En revanche, la Cour, après avoir conclu que la jurisprudence de la chambre selon laquelle un nouveau régime de récidive, aggravant, est applicable immédiatement dès que le second terme est commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, violait l'article 7§1 (*Achour c/France* 10 novembre 2004), a estimé le contraire, en Grande chambre (29 mars 2006).

³ Adde dans le même sens, CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi*, aff.C-387/02, concl. J. Kokott ; RSC 2006, p. 163, *chron. L. Idot*; GP 2005, p. 2081, note C. Soulard et CDH de l'ONU, 21 octobre 2010, communication n°1760/2008, Jean-Pierre Cochet c/France, D. 2010, p. 2865, note A. Huet.

⁴ Déc. 80-127 DC 19 et 20 janvier 1981.

⁵ V. déjà *G.c/France*, 25 septembre 1995.

⁶ *Comm.* 6 mars 1978, req. n° 7900/77.

⁷ La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 lui a substitué la contrainte judiciaire (articles 749 et svts du CPP).

précaution de protection destinées à prévenir la récidive d'un délinquant ou à neutraliser un état dangereux »¹, hors le champ d'une condamnation.

Le code pénal de 1992 avait tenté une réunion des deux en supprimant purement et simplement la notion de mesure de sûreté. Selon l'exposé des motifs : « aux fins de simplification, toutes les sanctions pénales relèvent désormais d'une seule catégorie, celle des peines. » mais assez rapidement, la tradition résistante à la nouveauté, l'affirmation a été contredite par le législateur lui-même qui a ressuscité expressément des mesures de sûreté : c'est par exemple loi n° 2004-204 du 9 mars 2004² qui institue le Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ou FIJAIS, la personne enregistrée étant soumise à diverses obligations pénalement sanctionnées ; c'est surtout la si controversée loi n° 2008-174 du 25 février 2008, qui crée la surveillance et la rétention de sûreté des criminels dangereux ainsi que des mesures de sûreté applicables aux personnes pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental. Or face à ce texte, tant le Conseil constitutionnel que la Cour de cassation ont manifesté un certain embarras conceptuel.

Le Conseil constitutionnel, d'abord. Dans sa décision n°2008-562 DC du 21 février 2008³, au prix d'un raisonnement quelque peu acrobatique, le Conseil a considéré tout à la fois, d'abord que, bien que privative de liberté, dès lors qu'elle reposait non sur la culpabilité d'un individu mais sur sa dangerosité et tendait à prévenir la récidive de personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité, la rétention de sûreté n'était « ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition » mais ensuite que, « eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle (était)prononcée après une condamnation par une juridiction » -tous éléments qui auraient pourtant pu la faire pencher du côté des peines-, elle ne pouvait rétroagir⁴. Comme une doctrine quasi unanime l'a fait observer, si la rétention n'est pas une peine tout en suivant le régime des peines du point de vue de son application dans le temps, quelle est-elle exactement ? Nul ne le sait. Une « mesure » assurément mais dont le Conseil ne dit pas qu'elle est de sûreté...

La chambre criminelle ensuite. Dans un arrêt du 21 janvier 2009⁵ (Bull. n°24), la Cour de cassation a décidé que les mesures de sûreté restrictives de droit applicables aux irresponsables, expressément qualifiées de

¹ V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome I, Cujas, 7^e éd. 1997, n°656 p. 826.

² Plusieurs fois modifiée depuis par des lois de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010...

³ Sur laquelle v. not. R. Boustia, *LPA* 2008, n°121 ; J.-Ph. Feldmann, *JCP* 2008, II, 10077 ; B. de Lamy, *RSC* 2009, *chron.* p. 166 ; C. Lazerges, *RSC* 2008, p. 731 ; B. Mathieu, *JCP* 2008, *Actualités* 166 ; Y. Mayaud, *D.* 2008, 1359.

⁴ C'est-à-dire « être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure pour des faits commis antérieurement ;... » (*cons.* 10)

⁵ *Bull. crim.* ; n°24 ; sur cette décision v. not. S. Detraz, *JCP* 2009, II, 10043 ; H. Matsopoulou, *D.* 2009, p. 1111 ; A. Giudicelli, *RSC* 2009, p. 136 ; F. Lasserre-Capdeville, *AP pénal* 2009, p. 178 ; F. Rousseau, *Dr. pénal* 2009, *Etudes* n°9 ; X. Pin, *Rev. Pénit.* 2009, p. 147.

mesures de sûreté par la loi de 2008¹, étaient en réalité de véritables peines au motif, implicite, qu'on les retrouvait à l'identique dans la partie générale du code pénal, mais sous l'appellation de peines complémentaires; partant, elle a refusé d'appliquer immédiatement aux procès en cours ces dispositions de la loi de 2008 sous peine d'appliquer rétroactivement des sanctions non prévues à la date des faits. C'était sans doute oublier que les « peines complémentaires » supposent une reconnaissance préalable de culpabilité contrairement à la déclaration d'irresponsabilité pénale de la loi de 2008. Si la doctrine a été perplexe, et minoritairement approbative, les remous provoqués dans le monde judiciaire par cet arrêt hétérodoxe ont été tels qu'un « contre arrêt » a été prononcé le 16 décembre 2009²; la chambre y rappelle sa jurisprudence selon laquelle le principe de la non-rétroactivité *in pejus* ne gouvernant que les peines³, et les dispositions de la loi de 2008 instituant expressément des mesures de sûreté, elles doivent s'appliquer immédiatement aux procédures en cours, y compris pour des faits commis avant leur entrée en vigueur.

Ainsi exprimée, la solution paraît évidente tant elle a le mérite de la simplicité. Pourtant, cette approche classique pourrait faire long feu lorsqu'on la confronte à l'approche européenne.

Certes, même quand elle pose l'autonomie d'une notion, la Cour part toujours de la qualification donnée en droit interne; puis, au-delà de ce postulat formel, elle passe la mesure au crible d'un certain nombre de paramètres qui vont ou non la faire basculer dans la catégorie des peines au sens de l'article 7. On les trouve récapitulés dans l'arrêt *Mc/Allemagne* du 17 décembre 2009⁴ relatif à la détention de sûreté du droit allemand, « mesure d'amendement et de sûreté » selon ce droit, à savoir l'enfermement indéterminé d'un individu réputé dangereux, entre autres, après qu'il a exécuté sa peine. Pour qu'il y ait peine au sens de 7, il faut, en résumé: que la mesure repose sur une condamnation infligée pour une infraction; qu'elle soit prononcée par une juridiction pénale qui n'est pas nécessairement celle qui a condamné; que sa nature soit punitive, telle une privation de liberté, surtout lorsque les conditions de son exécution sont proches de celles d'une véritable peine; que son but soit principalement punitif, même si un objectif de prévention peut se concilier avec celui de répression; enfin, la mesure doit être grave pour celui qui la subit, encore que la Cour se hâte de préciser que cette gravité « n'est toutefois pas décisive en soi, puisque de nombreuses

¹ L'article 706-136 CPP prévoit par ex. l'interdiction professionnelle, de paraître, de port ou de détention d'arme, la suspension ou l'annulation du permis de conduire...

² Bull. crim. n°216; sur cette décision v. J. Buisson, *Procédures* 2010, n°93; C. Duparc, *AJ pénal* 2010, 136; D. Guérin, *Dr. pénal* 2010, *chron.* 1, n°29; M. Léna, *D.2010*, p. 144; P. Mistretta, *JCP* 2010, 117; V. Peltier, *Dr. pénal* 2010, *chron.* 2, n°59; J. Pradel, *D.2010*, 471.

³ V. *Crim.* 26 novembre 1997, *Bull. crim.* n° 404; D. 1998, p. 495, note D. Rebut. (« Attendu que ... l'incapacité attachée à certaines condamnations, édictée par le texte régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier, ne constitue pas une peine complémentaire mais une mesure de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée;... »)

⁴ Sur lequel v. la doctrine citée note 9.

mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée ». (§120 de l'arrêt précité M. c/Allemagne)). Et la Cour de constater en l'espèce la violation de l'article 7 : malgré son appellation et son régime en droit germanique, la détention de sûreté étant une « peine », une loi plus sévère ne pouvait être appliquée à un individu pour des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur.

Face à ce rappel des critères européens de la peine, se trouvent ainsi invités à revoir leur copie, en droit français : le législateur, qui doit se souvenir que la qualification formelle donnée par lui à une mesure, non sans parfois quelques arrière pensées, n'empêchera pas celle-ci d'être qualifiée de peine et donc d'obéir à son régime ; le Conseil constitutionnel qui ne peut plus biaiser et dire qu'une mesure telle que la rétention de sûreté n'est ni une peine ni « une sanction ayant le caractère d'une punition » tout en la soumettant au régime des peines ; la Cour de cassation enfin, qui ne peut plus s'abriter derrière la qualification formelle donnée par le législateur puis approuvée par le Conseil constitutionnel pour décider qu'une mesure n'est pas une peine et, pour ce motif, la faire rétroagir.

Pour autant, le droit européen ne lève pas toutes les incertitudes. On peut en apercevoir trois. D'abord, faut-il considérer, quant à sa nature, comme l'équivalent d'une mesure privative de liberté *ab initio*, une mesure privative ou restrictive de droit dont la violation est sanctionnée par une peine privative de liberté ? Certains auteurs le proposent¹. A notre sens, l'hésitation est permise. Et si l'on souscrivait à cette analyse, l'inscription au FIJAIS² changerait de régime et deviendrait une peine alors même qu'elle peut s'appliquer à des personnes non condamnées (mis en examen, pénalement irresponsables, etc...) ce qui est le propre des mesures de sûreté. Deuxième incertitude, il est parfois délicat de percevoir l'objectif principal poursuivi par une mesure tant prévention et répression se voient intriquées. Les exemples abondent. C'est à nouveau l'inscription au FIJAIS qui, à l'égard cette fois des personnes définitivement condamnées, joue le rôle d'une sorte de peine complémentaire qui ne s'avoue pas. On voit donc que cette mesure a assurément un double visage selon les personnes qui la subissent. C'est encore la surveillance judiciaire, instituée par la loi n° 2205-1549 du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive, qui vise à accompagner la libération de certains condamnés, réputés dangereux, de mesures d'accompagnement et de contrôle tel le placement sous surveillance électronique mobile ou « bracelet ». Le bracelet existait déjà en tant qu'élément du suivi socio-judiciaire, peine complémentaire³ instaurée par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 ; en conséquence, il ne pouvait s'appliquer rétroactivement. D'où

¹ V. par ex. J. Leblois-Happe, *article préc.* p.133, 134 ; V. Peltier, *Dr. pénal* 2010, *chronique Un an déjà*, n°57 (à propos de la surveillance judiciaire)

² Elle a été qualifiée de mesure de police par le Conseil constitutionnel (déc. n°2004-492 du 2 mars 2004) et de mesure -sous-entendue- de sûreté par la Cour de cassation (Crim. 31 octobre 2006, *Bull. crim.* n°267).

³ *Crim.* 2 septembre 2004, *Bull. crim.* n° 197. Il est prévu par les articles 131-36-1 et svts du code pénal.

l'invention de la surveillance judiciaire, qualifiée de mesure de sûreté par le législateur¹ et le Conseil constitutionnel², pouvant se traduire par un placement sous bracelet électronique, et applicable, elle, rétroactivement. Pourtant, lorsqu'on compare les deux mécanismes du suivi et de la surveillance, leur ressemblance est frappante pour ne pas dire dérangement. Et si, la qualification française oubliée, la surveillance judiciaire est passée au crible des paramètres européens, elle emprunte à la fois à la peine en ce qu'elle est prononcée par un juge (le juge de l'application des peines) à l'encontre d'une personne condamnée pour certains crimes ou délits, mais aussi à la mesure de sûreté en ce que les obligations qu'elle entraîne, assurément préventives, sont restrictives de droit mais non privatives de liberté.³ Dernière incertitude de ces critères, si l'on admet avec la Cour européenne que la qualification nationale, simple « point de départ » ne la liant pas, et la gravité de la mesure, « pas décisive en soi », apparaissent comme des critères subsidiaires, comment pondérer les autres critères, eux principaux, les uns par rapport aux autres lorsque la mesure conjugue à la fois prévention et répression ?

Enfin, pour corser ce tableau déjà complexe, l'on évoquera brièvement une dernière notion qui ajoute encore au malaise intellectuel éprouvé tant en droit français qu'en droit européen: c'est celle de « modalités d'exécution de la peine »⁴. Il est en effet piquant d'observer que, si le code pénal français les soumet au principe de l'application immédiate, sauf lorsqu'elles sont plus sévères,⁵ la Cour européenne⁶, elle, de manière moins protectrice que le code pénal, les fait échapper au jeu de l'article 7, donc à celui de la non-rétroactivité *in pejus*. Ce qui ne l'empêche pas, dans le même temps, de souligner que « la distinction entre les deux (peine et modalité d'exécution de la peine) n'est peut-être pas toujours nette en pratique »⁷. Un exemple bien connu convainc de la vérité de ce constat européen lourd d'incertitude: la période de sûreté⁸ a été considérée comme une modalité d'exécution d'une peine privative de liberté par la loi de 1978, qui l'a instituée, ainsi que par le Conseil constitutionnel⁹; en 1986¹⁰, une loi l'a aggravée et a édicté son application rétroactive; mais le Conseil constitutionnel¹¹ l'a censurée sur ce point au motif qu'elle faisait partie

¹ D'où sa prévision par l'article 723-29 du CPP.

² Cons. constit. n°2005-527 DC, 8 décembre 2005.

³ Leur violation entraîne non le prononcé d'une peine d'emprisonnement mais la révocation des réductions de peine sur la durée desquelles elle aurait dû s'imputer, partant, la réincarcération (art. 723-35 du CPP).

⁴ Par ex. placement à l'extérieur, semi-liberté, permissions de sortir, placement sous surveillance électronique (fixe), libération conditionnelle, etc...

⁵ Article 112-2, 3°, du code pénal.

⁶ V. Kafkaris c/Chypre, 12 février 2008.

⁷ V. Kafkaris précité., §143.

⁸ Elle date de la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978.

⁹ Déc. n° 78-98 DC du 22 novembre 1978.

¹⁰ Loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986.

¹¹ Déc. n° 86-215 du 3 septembre 1986: « ...la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui,

intégrante de la peine elle-même dès lors qu'elle était fondée sur une appréciation de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé ; et il l'a soumise au principe de la non rétroactivité des peines plus sévères. Autrement dit, le Conseil semble avoir implicitement et par anticipation appliqué les critères européens contemporains. Au point qu'on peut soutenir qu'il n'aurait sans doute pas mené la même analyse d'une modalité d'exécution de la peine moins « punitive » et moins « grave », pour user du vocabulaire européen, que la période de sûreté¹. Au total, il est urgent, au nom de la prévisibilité et de la lisibilité de la loi pénale, et que le législateur repense la notion de peine, et que la Cour européenne clarifie encore sa jurisprudence si elle veut l'assister utilement dans cette tâche délicate.

Pour finir, et comme il n'y a qu'un pas du droit de la peine au droit pénitentiaire, force est de reconnaître que le droit de la Convention a largement influencé la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009². Sensible aux nombreux constats de violation dressés à l'encontre des lieux de détention français³, la loi proclame que l'administration pénitentiaire doit garantir non seulement le respect du droit du détenu à l'intégrité physique mais aussi le respect de son droit à la dignité⁴. Si bien que désormais, à tous les stades de la privation de liberté, avant comme après jugement et en quelque lieu qu'on la subisse, l'article 5 (droit à liberté et à la sûreté) se voit arrimé à l'article 3, afin que la personne détenue ou même seulement retenue soit traitée dignement, au plan matériel comme au plan psychologique, sans que les impératifs de la sécurité puissent conduire à porter des atteintes disproportionnées à cette exigence.

dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité ; ... » (cons. 4 et 23).

¹ *Dans le même sens v. F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général, n° 361 p. 326.*

² *V. sur ce point AJ pénal 2009, dossier p. 473, et not J.-P. Céré, p. 477. On notera que la chambre criminelle (20 janvier 2009, pourvoi n° 08-82.807 ; AJ pénal 2009, 139, comm. M. Herzog-Evans) a refusé l'application de l'article 225-14 CP à une détention contraire à la dignité humaine. Il faut y ajouter les évolutions jurisprudentielles relatives aux recours ouverts aux détenus, qui nous font quitter le champ du droit pénal substantiel pour celui de la procédure pénale.*

³ *Sur les conditions générales de la détention, v. not. J.-F. Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme, LGDJ 2007, n° 95 ; F. Sudre et alii, Les grands arrêts ..., précité, p. 152.*

⁴ *C'est ce même souci de la dignité du détenu qui a inspiré la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades dans ses dispositions concernant la suspension de peine pour raisons médicales (art. 720-1-1 CPP) afin de permettre au condamné en fin de vie de mourir dans la dignité, partant en liberté. Néanmoins, s'il est permis de mourir libre en France, il n'y a pas de reconnaissance, en Europe, du droit de choisir librement l'heure de sa mort, et ce qu'on soit détenu ou non (CourEDH, Pretty c/Royaume-Uni, 29 avril 2002). Aussi le droit pénal français peut-il continuer à considérer comme relevant de la cour d'assises les comportements de ceux qui aident activement à l'euthanasie. V. cependant la proposition de loi relative à l'aide active à mourir de la Commission des affaires sociales du Sénat du 18 janvier 2011 destinée à assouplir les conditions d'application de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.*

VERS UN DROIT PÉNAL EUROPÉEN ?

Didier BOCCON-GIBOD,
avocat général à la Cour de cassation

Il me revient de tenter de répondre à l'interrogation « *vers un droit pénal européen ?* ». La question, en vérité, est ancienne. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à l'article tout à fait remarquable par lequel, voici dix-sept ans, M. Régis de Gouttes, alors avocat général à la Cour de cassation, traitait déjà de cette même question¹.

A l'époque, M. de Gouttes constatait un rapprochement des droits pénaux nationaux, d'une part à travers la voie classique de la coopération intergouvernementale et des conventions d'entraide, d'autre part, grâce à un commencement d'harmonisation des droits des Etats provoquée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Il est vrai que la réflexion était déjà bien avancée : la notion d'*espace judiciaire européen*² avait vu le jour en 1978, le traité de Maastricht signé en 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 avait érigé la justice et les affaires intérieures en « troisième pilier », tandis que trouvaient à s'appliquer de multiples conventions, multiples au point de ne pas simplifier la compréhension de l'ensemble du dispositif.

En 1993, la conclusion de cet observateur averti est cependant des plus prudentes : il considère que la perspective d'un code pénal européen « *n'est pas pour demain* ».

Faut-il d'ailleurs considérer que le rapprochement des législations pénales en Europe serait un progrès ? la réponse est bien sûr positive si, même sans être un « *ayatollah de l'intégration fédérale*³ », l'on admet l'intérêt de garantir aux ressortissants des Etats membres et des Etats tiers qu'ils sont, sur le territoire de l'Union, dans un espace de justice, de liberté et de sécurité où les frontières ne sont ni un obstacle à la justice, ni un facteur de distorsions majeures selon les lieux où elle est rendue.

Je ne peux vous cacher, au commencement de cette intervention, que ma propre conclusion ne sera pas très différente de celle de M. de Gouttes, même si les Etats membres de l'Union ont la volonté de donner un sens à l'*espace de liberté, de sécurité et de justice* voulu en octobre 1997 par le

¹ Régis de Gouttes, *Vers un droit pénal européen ? Revue de sciences criminelles* 1993, p. 643.

² *Projet présenté par M. Giscard d'Estaing au Conseil européen de Copenhague en avril 1978.*

³ *Selon l'expression de M. le Pr. H. Labayle, Actes du colloque Quelles perspectives pour un ministère public européen, protéger les intérêts financiers fondamentaux de l'Union, Cour de cassation, 11 et 12 février 2010, Ed. Dalloz.*

Traité d'Amsterdam, réaffirmé en octobre 1999 à Tampere et finalement confirmé par le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

*

* *

Je ne veux cependant pas oublier, au risque d'empiéter un instant sur le domaine d'historiens infiniment plus qualifiés, que cette communication s'inscrit dans le cadre du bicentenaire du code pénal. Peut-être alors faut-il rappeler que le code napoléonien a eu, par la force des choses, ou plus précisément par la chose de la guerre, une vocation européenne. Et comment oublier que voici soixante-dix ans, même de grands esprits s'étaient habitués à l'idée que le droit européen serait allemand ?

C'est précisément pour créer les conditions d'une paix durable que des Etats belligérants sont entrés en 1950 dans le processus qui, de l'Europe des Six du début a conduit à celle des Vingt-sept que nous connaissons aujourd'hui, et même des 47 au sein du Conseil de l'Europe. Une Europe qui nous invite à réfléchir dans un contexte pacificateur et pacifié à l'émergence d'un droit pénal européen, alors même qu'à l'origine, ce n'était pas l'objet du Traité de Rome.

Le droit n'est plus au service d'une conquête, il est l'instrument de relations au mieux amicales, à tout le moins normalisées. L'exercice reste cependant délicat puisque, si le droit pénal est communément regardé comme traduisant l'ensemble des valeurs protégées par la société ; il est également habituel d'y trouver l'expression par excellence de la souveraineté des Etats, peu enclins à envisager en ce domaine l'existence d'une autorité supérieure susceptible de les entraîner à un quelconque renoncement. L'optimisme est cependant permis si l'on considère que dans d'autres domaines sensibles, cet abandon a bien eu lieu avec la création de l'espace Schengen ou l'adoption de l'euro. Cependant, plutôt que d'intégration, c'est bien d'harmonisation, ou plus précisément de *rapprochement*, selon la terminologie du traité sur l'Union européenne (« traité UE »), qu'il sera question dans les développements qui vont suivre.

*

* *

Sans doute faut-il considérer à part la question de la protection des intérêts financiers de l'Union, inscrite à l'article 209 A du Traité sur la communauté européenne (TCE) puis, après le Traité d'Amsterdam de 1997 à

l'article 280 de ce traité, repris à l'article 325 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») :

1. *L'Union et les Etats membres combattent la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les Etats membres, ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union.*

2. *Les Etats membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.*

3. *Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les Etats membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union.*

Mais, indépendamment des mesures que les Etats peuvent être invités à prendre pour défendre les intérêts de l'Union, le rapprochement peut aussi concerner d'autres formes de criminalité.

Même si, selon l'observation de M. Daniel Flore¹, auteur d'un remarquable ouvrage sur le droit pénal européen, le rapprochement est non pas un objectif mais plutôt un moyen au service de l'objectif qui consiste à « *maintenir et développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice* », il apparaît bien, à la lecture des articles 29 et 31.1 du Traité sur l'Union européenne (soit le traité UE) que le rapprochement des législations est recherché en matière de lutte contre le racisme, la xénophobie, la criminalité organisée ou non, le terrorisme, la traite des êtres humains, les crimes contre les enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude.

On comprend que, s'il doit exister un droit pénal européen, ce sera de manière évidente et prévisible dans les domaines dont la Communauté doit au premier chef se préoccuper, soit, outre la fraude à ses propres intérêts, les formes de criminalité les plus graves, présentant une dimension transfrontière, faute de quoi la Communauté n'aurait pas intérêt à agir.

La volonté de rapprochement se retrouve aussi dans l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle, *pierre angulaire de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne* selon la formule arrêtée à Tampere et désormais inscrite dans le TFUE.

Dans ce dispositif, le Traité de Lisbonne constitue évidemment un élément majeur, même si nombre de questions restent en suspens.

Je propose donc d'examiner l'avant et l'après Lisbonne, ce qui conduit à passer en revue les instruments traditionnels qui ont contribué à

¹ Daniel Flore *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, p.43, Ed. Larcier 1999.

l'harmonisation du droit pénal dans les Etats de l'Union européenne (I) avant de se pencher sur les changements apportés (II).

I. LES INSTRUMENTS TRADITIONNELS DU RAPPROCHEMENT AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU TRAITÉ DE LISBONNE

Sans doute faudrait-il, avant d'étudier tel ou tel point, rappeler une fois encore l'intérêt capital de *Corpus juris* dont l'objet était d'examiner les conditions de la création d'un parquet européen chargé de lutter contre les fraudes aux intérêts communautaires.

On sait que, par ce texte fondateur publié en 1997, un groupe d'éminents experts, sous la direction du professeur Delmas-Marty a, d'une part, identifié les principes fondamentaux, tels la légalité des délits et des peines, dans lesquels se reconnaissent les systèmes judiciaires de tous les Etats membres, d'autre part, examiné les moyens de réduire les disparités pour parvenir à l'institution d'un ministère public européen. Ce serait un sujet d'étude en soi, repris par le Livre vert de la Commission sur *La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un procureur européen*¹ puis, comme on le sait, par le traité de Lisbonne.

De même faudrait-il passer en revue les instruments remarquables qui favorisent plutôt la coopération, mais qui en tout cas ne nuisent pas à l'harmonisation et même la préparent : l'Olaf, Eurojust, le tissu de plus en plus dense des magistrats de liaison et la constitution du réseau judiciaire européen.

C'est toutefois sur d'autres éléments qu'il est proposé de porter l'analyse qui s'intéressera d'une part aux juridictions européennes (A), d'autre part aux décisions-cadres (B).

A - L'APPORT DES JURIDICTIONS EUROPÉENNE

a) L'influence de la Cour de Justice des Communautés européennes

Alors même que la législation pénale ne relève pas de la compétence de la Communauté, le droit communautaire est loin de rester sans effet sur les droits pénaux nationaux. Daniel Flore évoque les deux influences du droit communautaire en ce domaine, l'une négative, l'autre positive.

D'une part, le principe de neutralisation du droit pénal interne, ou principe négatif, peut avoir pour effet de limiter l'incrimination de tel ou tel fait. C'est ainsi par exemple que la libre circulation des marchandises sur le territoire de la Communauté, affirmé par les articles 30 et 36 du traité CE (devenus 28 et 30), est en soi une restriction à la pénalisation du droit des marques, un Etat membre ne pouvant ériger en délit le transit sur son territoire

¹ 29 septembre 2000, COM(2000)608.

d'une pièce contrefaite au regard de sa législation interne mais destiné à un Etat où les marques ou modèles argués de contrefaçon ne sont pas protégés¹.

D'autre part, à l'inverse, existe un principe positif, par lequel un Etat peut être contraint d'adopter des mesures pénales pour assurer l'effectivité d'une règle communautaire.

La CJUE a eu par ailleurs à se prononcer sur diverses questions relevant directement du droit pénal, tels que la non-rétroactivité de la loi pénale² ou la règle *non bis in idem*³.

Mais c'est en matière de droit de l'environnement que sont intervenues les décisions les plus topiques⁴. En effet, en contradiction, selon la plupart des Etats membres, avec l'absence de toute prérogative de la Communauté en matière pénale, la CJCE a jugé en substance que, si pour mettre en œuvre une politique communautaire, il est nécessaire de recourir au droit pénal, ce recours est possible dans le cadre du premier pilier.

En l'espèce, le Conseil, à la suite notamment du naufrage de l'Erika le 12 décembre 1999, et considérant qu'il entrait dans ses compétences de provoquer une harmonisation des dispositions législatives et réglementaires nationales, avait élaboré une décision-cadre n° 2003/80/JAI du 27 janvier 2003, *relative à la protection de l'environnement par le droit pénal*.

Au nom de la primauté du droit communautaire, la Commission était au contraire d'avis que le Conseil était tenu de s'abstenir dès lors que la Communauté peut obliger les Etats membres à prévoir une réponse pénale à certaines atteintes à l'environnement.

Autrement dit, selon la Commission, ce n'était pas par le truchement d'une décision-cadre du Conseil, mais par celui d'un instrument communautaire (soit une directive) que pouvaient être prises les mesures propres à contraindre les Etats membres à adopter les mesures pénales garantissant l'effectivité des normes édictées par le législateur communautaire en matière de protection de l'environnement.

La Commission a en conséquence attaqué la décision-cadre en question au motif que sa base juridique choisie était erronée, le fondement normatif devant être trouvé au sein du traité CE et non dans le titre IV du traité UE, comme cela avait été fait. C'est à cette analyse que la CJCE a donné raison par son arrêt du 13 septembre 2005 dans les termes suivants :

47 [...] *en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté [...]*.

48 *Cette dernière constatation ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et*

¹ *Crim* 3 septembre 2002, Bull. n° 155.

² CJCE, 10 juillet 1984, Kirk.

³ CJCE 20 avril 1999, LVM c. Commission

⁴ CJCE 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, n° C 176-03 ; 23 octobre 2007, Commission c/ Conseil, C-440-05.

dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement.

La décision de la CJCE que d'aucuns ont regardée comme un véritable « putsch¹ », se traduisait donc par une reconnaissance du pouvoir d'incrimination de la Communauté en droit pénal de l'environnement, avec cette réserve que la Cour ne spécifiait pas les mesures que le législateur communautaire pouvait être habilité à prendre.

C'est un deuxième arrêt, en date du 23 octobre 2007, qui a apporté des précisions sur ce point. Cette décision, encore une fois rendue sur le recours de la Commission, annule la décision-cadre 2005/667/JAI du 12 juillet 2005 *visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires*, confirme la solution du 13 septembre 2005, mais précise que la compétence pénale en matière communautaire se limite à la possibilité d'imposer une sanction pénale, ce qui permettait un contrôle accru de la Commission et de la CJCE, sans porter sur la détermination du type ou du niveau des sanctions, qui relèvent donc de la compétence du Conseil par le biais d'une décision-cadre.

Ainsi se trouvait dessiné le partage des compétences entre la Commission et le Parlement européen d'une part, le Conseil d'autre part, la primauté revenant à la Communauté à qui incombe la charge de définir les règles assorties de sanctions pénales que les Etats membres seront tenus d'instaurer en matière de protection pénale de l'environnement.

b) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Je me garderai d'empiéter sur un sujet que Mme Koering-Joulin a traité bien mieux que je ne saurais le faire. Je ne peux cependant éviter de rappeler que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est évidemment un puissant facteur d'harmonisation, puisque ce qui sera jugé comme découlant des droits et libertés garantis par la Convention dans un Etat sera immédiatement applicable dans les autres Etats.

Par ses décisions sur le droit à la sûreté ou au procès équitable, la Cour de Strasbourg dessine surtout les contours d'une procédure pénale harmonisée plus que d'un droit pénal de fond partagé. Les exemples concernant la France ne manquent pas. C'est au visa du droit au procès équitable qu'a été invalidée à Strasbourg l'ancienne pratique dite de mise en état, par laquelle un prévenu condamné à une peine d'emprisonnement ferme ne pouvait voir son pourvoi examiné qu'à la condition de se constituer préalablement prisonnier², procédure à laquelle il a été mis un terme par la loi du 15 juin 2000. La même loi, toujours dans un souci de conformité avec la

¹ *Droit pénal n° 9, septembre 2010, L'impact du traité de Lisbonne en matière pénale, § 8, par les étudiants du Master 2 Droit pénal de sciences criminelles de l'Université Toulouse I Capitole.*

² *CEDH, 23 novembre 1993 Poitrimol c/ France ; 29 juillet 1998, Omar c/ France, 29 juillet 1998, Guérin c/ France.*

Convention, a instauré un second degré de juridiction pour les jugements en cour d'assises, domaine où l'on peut penser que, tôt ou tard, la jurisprudence Taxquet¹ conduira la France à modifier sa législation pour obliger à une véritable motivation des arrêts criminels.

C'est de même un arrêt de la Cour de Strasbourg qui, en 2002, a conduit la Cour de cassation à réviser de fond en comble la méthode d'examen des pourvois², la présence de l'avocat général au délibéré des chambres et la communication du rapport du conseiller rapporteur au seul avocat général ne pouvant être regardés comme conformes au droit au procès équitable.

C'est encore pour se mettre en accord avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg³ que la Chambre criminelle, par un moyen soulevé d'office tiré du principe d'égalité des armes, a dit nul l'appel interjeté par un procureur général dans le délai de deux mois ouvert à lui seul⁴, ce qui a entraîné la modification de l'article 505 du code de procédure pénale.

Enfin, c'est toujours au visa de l'article 6 de la Convention européenne et de son application par la Cour de Strasbourg⁵ que la procédure de garde à vue a fait l'objet en France de discussions très vives, que la Chambre criminelle a voulu apaiser par trois arrêts doublement audacieux en ce qu'ils ont d'une part, dit non conformes à la Convention les dispositions actuellement en vigueur, d'autre part, reporté leurs effets au 31 juillet 2011⁶.

Même si c'est moins fréquent, la Convention européenne peut aussi concerner le droit substantiel. C'est le cas lorsque les Etats qui y adhèrent ne peuvent le faire qu'en renonçant à la peine de mort. C'est encore le cas lorsque la France, au nom du droit à la liberté d'expression, modifie sa législation sur la presse pour ne plus faire encourir une peine privative de liberté aux auteurs de délits de presse, sauf cas particulier de la provocation à la discrimination ou à la haine raciale.

De nombreux motifs existent donc de dire que la Cour de Strasbourg, par l'application qu'elle fait de la Convention européenne des droits de l'homme, contribue à l'émergence d'un droit pénal européen. Le processus est cependant inévitablement long, l'appropriation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par les Etats membres n'étant pas instantanée loin de là ; il suffit de constater que près de deux ans séparent l'arrêt *Salduz*, regardé comme le facteur déclenchant de la réforme de la garde à vue en France remonte à novembre 2008, ou encore que l'arrêt Brusco du 14 octobre 2010 par lequel la Cour de Strasbourg parachève sa critique du régime français de la

¹ CEDH 13 janvier 2009, *Taxquet C/ Belgique*.

² CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*.

³ CEDH 3 janvier 2007, *Ben Naceur C/ France* ; 22 mai 2008, *Gacon C/ France*.

⁴ *Crim.* 17 septembre 2008, Bull. n° 188.

⁵ CEDH 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie* ; 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*.

⁶ *Solution qui n'est pas à l'abri, on s'en doute, d'un recours devant la Cour de Strasbourg à qui il reviendra, le cas échéant, de dire si les droits et libertés garantis par la Convention peuvent recevoir une application différée.*

garde à vue s'applique à une procédure qui, en droit interne, a trouvé son terme en juin 2006.

A cet égard, le mécanisme des décisions-cadres, plus volontariste, pourrait être considéré comme permettant d'atteindre plus rapidement le résultat escompté.

B - L'HARMONISATION PAR LA VOIE DES DÉCISIONS-CADRES

Le mécanisme des « actions communes » créé par le traité de Maastricht, impliquait directement les exécutifs nationaux dans des actions revêtant pour eux un caractère obligatoire. Ce dispositif était adapté à la mise en place d'une politique étrangère de l'Union qui ne relevait que des gouvernements. Il présentait cependant de fortes limites pour ce qui concerne le rapprochement des droits pénaux dès lors que devaient y être associés les parlements. Restait le domaine de la coopération et des échanges qui a effectivement permis des actions communes, telle celle qui a débouché sur la mise en place d'un Réseau judiciaire européen.

Les décisions-cadres créées par le traité d'Amsterdam, et que l'on a appelées « les directives du troisième pilier » sont des instruments beaucoup plus efficaces pour ce qui concerne la justice. Elles ont été, jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les instruments privilégiés de la création d'un droit pénal européen.

Une décision-cadre présente trois caractéristiques : elle porte sur le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres ; elle lie ces derniers quant au résultat à atteindre tout en laissant compétence aux instances nationales quant à la forme et aux moyens ; elle ne peut entraîner d'effet direct, de sorte qu'elle implique une transposition en droit interne, dans le délai qu'elle précise¹.

Une décision-cadre, émane du Conseil et n'implique pas une prise de position de la Commission, ni une codécision du Parlement². Le dispositif a montré son intérêt et son utilité, mais aussi ses faiblesses : il a indiscutablement permis le rapprochement des législations pénales des Etats membres (a), avec toutefois de fortes limites (b).

a) Des progrès

L'objet de cette communication n'est pas de recenser les nombreuses décisions cadres intervenues dans des domaines les plus divers du droit pénal et de la procédure pénale.

¹ Avec cette précision qu'aucune procédure d'infraction ne peut toutefois être ouverte contre un Etat membre qui n'aurait pas transposé une décision-cadre en temps utile.

² En vertu du traité d'Amsterdam, le Parlement européen se voit cependant reconnaître un rôle consultatif, le Conseil étant tenu de le consulter avant d'adopter une décision-cadre relevant du troisième pilier.

Parmi ces textes, la décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen mérite un commentaire particulier.

- d'une part, elle a substitué au mécanisme complexe et gouvernemental de l'extradition un dispositif exclusivement judiciaire, simple et rapide ;

- d'autre part, elle constitue l'exemple le plus abouti de la reconnaissance mutuelle, au point que les Etats membres sont dispensés du contrôle de double incrimination pour 32 infractions regardées comme poursuivies dans l'ensemble des Etats membres (ce qui ne surprend pas, s'agissant par exemple du terrorisme, de la traite des êtres humains, de l'homicide volontaire, du vol ou de l'escroquerie). C'est en cela que le mandat d'arrêt européen mérite d'être cité au titre de l'harmonisation des droits nationaux.

- Enfin, son élaboration puis sa transposition ont connu un cheminement particulièrement rapide en raison de ce que les Etats membres ont ressenti, après les attentats du 11 septembre 2001, l'urgence d'un tel dispositif, ce qui laisse penser que seuls des événements tragiques sont de nature à convaincre les Etats de la nécessité d'une plus grande harmonisation, à défaut d'intégration.

Le cas de la lutte contre le terrorisme est également exemplaire si l'on considère que les décisions-cadres du 6 décembre 2001 et du 28 novembre 2008 portent clairement sur le rapprochement des droits substantiels, en invitant les Etats membres à incriminer différents actes relevant de la facilitation du terrorisme, tels que la provocation publique à commettre une infraction terroriste, le recrutement ou l'entraînement pour le terrorisme.

b) Des limites

L'inconvénient des décisions-cadres reste que, ne s'agissant pas d'un instrument communautaire, elles présentent un caractère finalement peu contraignant dès lors que le défaut de leur transposition ne peut donner lieu à une procédure en manquement devant la CJUE de la part de la Commission, mais seulement, le cas échéant, à une question préjudicielle à l'initiative d'un Etat membre, occurrence qui se rencontre¹.

Un autre point de faiblesse réside dans l'exigence de l'unanimité, difficile à obtenir dans une Europe composée de vingt-sept Etats membres, sauf à n'adopter que des solutions minimales tirant le dispositif vers le bas. Observons d'ailleurs que transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, désignée plus haut comme l'exemple le plus abouti de la reconnaissance mutuelle, a, en réalité, débouché sur de multiples disparités au point que le manuel d'application élaboré par le Conseil ne compte pas moins de 250 pages.

¹ Par exemple arrêt *Pupino* du 16 juin 2005, C-105-03 sur l'interprétation des dispositions de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales.

Il fallait donc redouter une situation de blocage. Dans ce contexte de « politique des petits pas », le traité de Lisbonne est un pas nettement plus grand que les autres.

II. LES NOUVEAUTÉS INTRODUITES PAR LE TRAITÉ DE LISBONNE

Indiscutablement, le traité de Lisbonne constitue une avancée très importante dans le processus d'harmonisation des législations pénales des Etats membres de l'Union européenne (A). Il faut cependant signaler, là aussi, des obstacles importants qui restent à franchir (B).

A - UN FACTEUR IMPORTANT DE RAPPROCHEMENT DES DROITS PÉNAUX EN EUROPE

Par de nombreux aspects, le traité de Lisbonne renforce l'idée de l'appartenance des Etats membres à un système de valeurs communes, dont découle le droit pénal : outre l'adhésion programmée de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, il intègre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qu'il rend donc juridiquement contraignante.

Au moins deux éléments du traité de Lisbonne sont plus précisément à prendre en compte. Le premier vise à conférer un rôle pilote à l'Union (a). Le second tend à enfin construire, dans ce contexte apparemment favorable, un ministère public européen (b).

a) Le rôle nouveau de l'Union en matière pénale

On a déjà dit que le droit pénal est par excellence l'expression de la souveraineté des Etats et que, de ce seul fait, il se prête peut-être moins que d'autres à une quelconque harmonisation. C'est pourtant bien dans ce bastion que le traité de Lisbonne ouvre une brèche.

Ce n'est plus en effet par le biais d'une préemption par la CJUE d'un secteur du droit pénal en faveur de la Communauté comme on l'a vu en matière d'environnement, que se profile l'harmonisation, mais par une disposition expresse du traité de Lisbonne qui accroît le pouvoir de l'Union dans le champ pénal en lui reconnaissant des compétences en matière d'incrimination, de sanction et de procédure.

L'article 83 du TFUE dispose en effet que :

1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

Ces domaines de criminalité sont les suivants: le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

[...]

Le second paragraphe du même article permet au Conseil de procéder par la voie de directives établissant des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions, *lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation.*

Autrement dit, l'Union se voit reconnaître une compétence pénale pour accompagner ou appuyer les politiques pour lesquelles elle a reçu une compétence d'attribution, qu'il s'agisse de pêche ou d'agriculture, de concurrence, de fiscalité, de libre circulation des personnes ou de services et capitaux.

En d'autres termes, le cauchemar des « *intégristes de la souveraineté nationale*¹ » est, au moins en certains domaines, en passe de se réaliser. Par rapport aux décisions de la CJCE en matière de droit de l'environnement, le saut qualitatif est en tout cas considérable. En effet, si la Cour de Luxembourg reconnaissait à la Communauté le pouvoir de définir une incrimination, cette reconnaissance n'allait pas jusqu'à lui permettre de déterminer le type et le niveau des sanctions, qui restaient du ressort du droit national. C'est maintenant l'ensemble qui ressortit au droit communautaire. Comme il a été écrit, « *La signature et la ratification du traité de Lisbonne constituent un abandon par les Etats de leur souveraineté, dans certains domaines au sens où ils ne jouissent plus d'une exclusivité et d'une indépendance totale dans l'exercice du pouvoir d'incrimination et de détermination des sanctions*² », ou encore, « *en réalité, on aboutit à un partage du pouvoir d'incriminer dans lequel les choix essentiels sont réalisés par l'Union européenne*³ ».

Ainsi, dans un domaine concerné par une directive européenne, les parlements nationaux pourront fixer le maximum de la peine encourue mais non son minimum si la directive contient cette précision, et seront liés par le type de peine prévu par l'instrument européen.

Un Etat membre ne pourra donc pas refuser d'incriminer un comportement visé par une directive. Peut-on pour autant en déduire qu'il ne pourra à l'inverse incriminer un comportement non visé ? Cette question paraît appeler une réponse négative dès lors que les directives ont pour objet de fixer des règles minimales, étant toutefois observé que la non-pénalisation d'un comportement par une directive pourrait traduire la volonté des instances de l'Union de ne pas l'incriminer.

¹ Pr. Henri Labayle, contribution à *Quelles perspectives pour un ministère public européen*, Dalloz 2010, p. 51.

² Droit pénal n° 9, septembre 2010, *L'impact du traité de Lisbonne en matière pénale*, § 21 par les étudiants du Master 2 Droit pénal de sciences criminelles de l'Université Toulouse I Capitole.

³ Eliette Rubi-Cavagna, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, RSC 2009, p. 501.

Certes, il ne s'agit que de rapprocher les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale dans le domaine des eurocrimes, avec faculté d'extension à d'autres secteurs de la criminalité. Mais le bouleversement n'en est pas moins profond, pour deux raisons.

D'une part, la directive, si elle suppose comme la décision-cadre une transposition et ménage donc la susceptibilité des Etats en ce qu'elle laisse aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens¹, est adoptée selon la procédure législative ordinaire, ce qui fait sauter le verrou de l'unanimité et renvoie à une codécision du Conseil et du Parlement, avec cette réserve qu'un texte peut être rejeté si est réunie au Conseil une minorité de blocage.

D'autre part et surtout, au contraire encore de la décision-cadre, le défaut de transposition d'une directive peut donner lieu à une action en manquement de la part de la Commission, élément d'autant plus incitatif qu'au cas de défaut de transposition, la Cour peut prononcer des amendes d'un montant très élevé. La CJUE pourra de même interpréter les termes d'une directive, préciser les concepts qu'elle contient et corriger son application erronée. Cette possibilité est loin d'être neutre si l'on considère, comme on le verra plus loin, que l'absence d'harmonisation des concepts du droit pénal général est loin d'être sans conséquence.

Un autre élément majeur est la perspective d'un ministère public européen.

b) Le ministère public européen

Comme on le sait, l'article 86 TFUE prévoit l'institution d'un parquet européen pour « combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ». Ainsi, les travaux du groupe d'experts de *Corpus juris* et ceux de la Commission, avec son Livre vert² de 2001, n'auront pas été vains.

Ce serait en soi un sujet d'étude. On se contentera d'observer ici que le seul fait d'acter la possibilité de créer un tel organe supra-national est une avancée majeure dans la mise en place d'un dispositif pénal applicable sur le territoire de tous les Etats membres.

L'harmonisation est ici à la fois une fin et un moyen : on ne pourra parvenir à la création d'un tel parquet sans harmoniser les droits nationaux, et quel meilleur moyen de parvenir à cette harmonisation qu'un organe unique exerçant l'action publique ? Et c'est bien le problème : ne sachant par quel côté commencer, les Etats membres risquent de faire longuement du sur-place d'autant que, pour nombre d'entre eux, la volonté politique fait défaut, au point que l'on sait déjà que l'instauration d'un tel parquet, qui ne peut se faire qu'à l'unanimité selon les termes du traité est actuellement hors d'atteinte et qu'il faudra sans doute pendant longtemps se cantonner à un dispositif de

¹ Article 288 TFUE.

² Rapport COM(2001) 715 final.

coopération renforcée, possible dès qu'au moins neuf Etats en prennent la décision.

C'est donc plutôt dans l'examen des obstacles à l'harmonisation qu'un examen plus complet du ministère public européen peut actuellement trouver sa place.

B - DES OBSTACLES ENCORE IMPORTANTS

Les principaux obstacles sont de trois ordres : juridiques, conceptuels et politiques.

a) Des obstacles juridiques

Rappelons d'abord que la compétence de l'Union est pour l'essentiel limitée par le premier paragraphe de l'article 83 TFUE à la criminalité grave transfrontière.

Observons ensuite que le paragraphe 3 de l'article 83 TFUE prévoit un mécanisme de frein :

lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visée au paragraphe 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure législative ordinaire est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire.

Observons ensuite que le traité de Lisbonne ne permet pas de recourir au règlement en matière de rapprochement des législations. Autrement dit, il n'est pas possible de prévoir en l'état un code pénal européen.

Soulignons enfin que la technique utilisée, au moins pour le droit pénal matériel, est asymétrique : il pèse sur les Etats membres une obligation d'incriminer *a minima*, mais non celle, le cas échéant, de dépénaliser. Or, un code pénal fixe dans le même temps ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. A cet égard, le rapprochement opéré au sein de l'Union européenne fonctionne à sens unique : il « crée de l'incrimination » et ne contribue donc pas à la création de liberté sauf lorsque le droit communautaire définit comme licite un comportement, auquel cas il n'est plus possible de l'incriminer.

b) Des concepts non harmonisés

Une chose est de prévoir d'harmoniser les incriminations, une autre est de le faire, avec cette difficulté que le droit pénal est d'interprétation stricte. Mme Rubi-Cavagna¹ observe qu'il n'existe pas de « *vocabulaire pénal commun* ». Elle s'intéresse par exemple à la proposition de directive Com/2007/0249 prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier : il est prévu que « *les Etats membres font en sorte que la participation aux actes visés au § 1 et l'incitation à les commettre constituent des infractions pénales* ». A-t-on la certitude que le mot *participation* sera compris dans le même sens par tous les

¹ *Eliette Rubi-Cavagna, op. cit.*

Etats membres : où commence un tel acte, doit-il être positif, faut-il aussi envisager une omission ou une abstention ? La difficulté est réelle puisque la proposition de directive relative à la protection de l'environnement contenait la même expression, qui a été remplacée dans la version définitive par les termes « se rendre complice ».

La difficulté s'accroît lorsque figure dans la directive un terme qui n'a pas son équivalent dans la législation interne. Ainsi, que recouvre la « *négligence au moins grave* » visée par l'article 3 de la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal et constituant l'élément moral de la pollution de l'atmosphère, du sol ou des eaux par le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes ? Comment situer cette notion par rapport à la faute délibérée ou à la faute caractérisée propres à notre code pénal ?

D'autres notions sont, elles, radicalement étrangères à notre droit interne. La directive 2005/35/CE du 7 décembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions prévoit que « *les rejets de substances polluantes par des navires [seront] considérés comme des infractions s'ils ont été commis intentionnellement, témérement ou à la suite d'une négligence grave* ». Comment transposer en droit français la *témérité* ?

Est-on de même certain que les notions de complicité, les concepts d'infraction instantanée ou continue, d'association de malfaiteurs, de tentative, recouvrent la même réalité dans les législations internes de l'ensemble des Etats membres ?

Autrement dit, ainsi l'harmonisation du droit pénal matériel passe d'abord par celle des concepts, domaine où restent à accomplir des progrès considérables.

b) Des obstacles politiques

C'est sans doute la question la plus difficile : même avec les instruments et dispositifs qui viennent d'être rappelés, aucun progrès ne sera accompli si les gouvernements des Etats membres ne sont pas convaincus que l'harmonisation est ... un progrès.

La problématique de la création d'un ministère public européen est à cet égard très instructive. Observons d'abord que la création de cette institution est prévue « à partir d'Eurojust » : il ne reste plus aux spécialistes qu'à se perdre en conjectures pour comprendre ce que signifie cette expression bien peu opérationnelle et qui paraît être surtout le fruit d'une négociation dans laquelle il s'agissait de ne brusquer personne.

Il faut ensuite considérer que le ministère public européen ne pourra voir le jour qu'au prix d'une décision du Conseil prise à l'unanimité, ce qui est exclu, en l'état de l'opposition britannique, des réserves germaniques et de l'absence d'enthousiasme de bien d'autres Etats membres.

Le programme de Stockholm est à cet égard faiblement encourageant : il met l'accent sur la nécessité de mettre en œuvre « soigneusement » en œuvre la décision-cadre du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust, et n'évoque la création d'un procureur européen comme ne pouvant être envisagée que sur la base d'une évaluation de la mise en œuvre de cet instrument. Il aurait été difficile de trouver un plus petit dénominateur commun !

En présence de ces réticences, la seule voie possible paraît être celle de la coopération renforcée, par laquelle quelques Etats précurseurs mettront en place un dispositif que rejoindront les autres lorsqu'il aura fait ses preuves.

En conclusion

Je ne peux conclure ces propos que par des observations en demi-teinte. Sans qu'il soit encore question d'évoquer à proprement parler un droit pénal européen, il ne faut pas oublier que les Etats membres sont d'accord sur des valeurs qu'ils ont en partage et qui fondent leur droit interne. Sur le territoire de ces Etats, les atteintes à la vie, à la liberté, à la dignité, à la propriété, sont réprimées et l'établissement d'une liste des trente-deux infractions non soumises à un contrôle de double incrimination suffit à montrer qu'il existe un socle commun sur lequel repose leur propre droit.

Mais l'idée de droit pénal européen va naturellement au-delà de l'idée selon laquelle l'assassinat est réprimé dans tous les Etats : elle traduit non seulement l'harmonisation des législations pénales, et l'on a vu que dans ce domaine de nombreux progrès ont été accomplis, même si le défaut d'un langage commun en termes de concepts est un sérieux inconvénient, mais aussi la capacité des Etats à voir s'appliquer sur leur territoire des règles qui ont été décidées ailleurs. Il reste à convaincre certains Etats membres qu'un tel dispositif est un progrès. Il semble qu'une volonté existe en ce sens, même si le programme de Stockholm traduit la prise en compte du plus petit dénominateur commun.

On peut penser à cet égard, ou espérer, avec M. Stéfano Manacorda¹ que la reconnaissance mutuelle, autre acquis du traité de Lisbonne « *aura tendance à s'imposer définitivement comme méthode d'intégration normative au sein de l'espace pénal européen* ». Ici, le processus est interactif : la reconnaissance mutuelle favorise le rapprochement, mais n'est envisageable que si les législations se rapprochent.

Je serais, pour ma part, tenté de dire, pour revenir au titre de mon intervention que le point d'interrogation du début pourrait être remplacé par un point d'exclamation. C'est déjà un progrès.

¹ Stefano Manacorda, *La consolidation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : vers une "mise à l'écart" du rapprochement pénal ?* RSC 2007, p. 899.

DROIT PÉNAL ET CONSTITUTION

Hugues PORTELLI,
sénateur du Val-d'Oise

Le sujet – Constitution et code pénal – est un sujet récent. En 1958, le droit pénal est tributaire d'une double tradition : c'est un droit de souveraineté et un droit législatif. Ce légitisme français se retrouve dans l'article 34 de la Constitution. Ce sujet évolue, sous l'effet de l'eupéanisation du droit, et notamment de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et sous l'effet du droit comparé, notamment de l'influence croissante du droit anglo-saxon. Ce sujet est délicat, comme le montre les remous du coup d'Etat jurisprudentiel du Conseil constitutionnel de 1971 qui élargit le contrôle de constitutionnalité en intégrant les droits fondamentaux visés dans le Préambule de la Constitution, ou les hésitations sur le régime juridique applicable aux fautes commises par le personnel politique, faute d'une application des règles classiques du parlementarisme en France.

I - LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT PÉNAL

Les références au droit pénal sont limitées dans la Constitution de 1958 dans sa version originale : seuls les articles 66, 68 et 34 le mentionnent. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a toutefois intégré les textes visés au Préambule et le Préambule lui-même dans le droit constitutionnel positif, notamment la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La décision du 16 juillet 1971 a ouvert la voie à celle du 27 décembre 1973 qui visait explicitement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à travers le principe d'égalité. Les 17 articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont désormais les dispositions constitutionnelles les plus citées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Ces principes de référence, pour le droit pénal substantiel, sont le principe de légalité des délits et des peines qui s'appuie sur l'article 34 que le Conseil constitutionnel a suivi avec une grande attention pour éviter le recours au droit réglementaire et pour vérifier le travail du législateur. Ceci se voit à travers l'exigence de clarté et de précision, à travers le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et le principe d'applicabilité *in mitius*, et l'exception, très discutée, sur les mesures de sûreté pour lesquelles le Conseil constitutionnel a une jurisprudence à la fois prudente et parfois erratique. Enfin, le principe de légalité se décline à travers le principe

d'interprétation stricte des dispositions du code. Tous ces points s'appuient sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le second grand principe est celui de liberté individuelle qu'on retrouve dans une décision de 1977 et encore récemment sur le contrôle de constitutionnalité de la loi Hadopi.

Le troisième est celui d'égalité, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, affirmé dès 1975 puis décliné systématiquement depuis.

Le quatrième grand principe est celui de la nécessité des peines, articulé notamment à travers l'obligation de permettre au juge d'individualiser les peines.

Ce champ ouvert par le Conseil constitutionnel est appelé à évoluer puisque ces décisions ont toutes été rendues avant 2010, sur saisine *a priori*. Avec l'introduction du contrôle *a posteriori*, dans le cadre de procédures juridictionnelles en cours, le Conseil analysera les textes différemment, non plus *in abstracto* mais *in concreto*. Le Conseil sera amené à faire davantage de procédure que de droit substantiel mais aussi à traiter les questions autrement.

II - LA PÉNALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Dans la Constitution, deux conceptions contradictoires coexistent : celle qui vise la responsabilité pénale des membres du gouvernement et celle qui vise la responsabilité du chef de l'Etat. La première est un substitut à la responsabilité politique des membres du gouvernement puisque la Constitution française ne prévoit pas de responsabilité individuelle des ministres. Comme le texte initial de l'article 68 était assez mal rédigé, il a été réécrit en 1993 puis en 1995. Les membres du gouvernement doivent être jugés par la Cour de Justice de la République pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Cette juridiction mixte est amenée à incriminer puis à juger les infractions commises par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions.

La responsabilité du chef de l'Etat a fait l'objet d'une révision en 2007. Jusqu'en 2007, la Haute Cour de Justice pouvait utiliser des références pénales ne figurant pas dans le code pénal et de créer de nouvelles peines. Depuis 2007, le Congrès devenu Haute Cour ne peut plus que destituer le chef de l'Etat ou le maintenir dans ses fonctions s'il commet un manquement grave à ses devoirs : il appartient ensuite au juge pénal de juger, à partir du code pénal, des infractions commises par le Président de la République.

Le système est insatisfaisant et il conviendra d'unifier le droit constitutionnel pénal relatif aux membres du gouvernement et au chef de l'Etat pour instaurer une cohérence.

III - LES LIMITES DU DIALOGUE ENTRE LA CONSTITUTION ET LE CODE PÉNAL

A - LE JUGE COMPÉTENT

La Cour de cassation se trouve en concurrence avec le Conseil constitutionnel, depuis l'interprétation des articles 67 et 68 de la Constitution relatifs à la responsabilité du chef de l'Etat. La Cour de cassation a estimé qu'elle pouvait interpréter différemment la Constitution et ne pas être liée par l'interprétation du Conseil constitutionnel si cette dernière relève d'un *or biter dictum* et qu'elle n'est pas liée à la question posée. Dans l'arrêt du 10 octobre 2001, la Cour de cassation prend une position diamétralement contradictoire avec celle du Conseil constitutionnel qui avait jugé de la conformité à la Constitution du traité portant création de la Cour pénale internationale, dans la décision du 22 janvier 1999. Le Constituant a finalement donné raison à la Cour de cassation.

La contradiction des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel réapparaît à travers les questions prioritaires de constitutionnalité, dans les affaires Melki et Adbeli. La Cour de cassation ne se range pas à la lecture faite de la procédure établie par la Constitution et la loi organique et se refuse à renvoyer au Conseil constitutionnel. Par la décision du 12 mai 2010 sur les jeux de hasard, le Conseil constitutionnel répond à une question qui ne lui était pas posée par la saisine mais par les parlementaires dans les échanges de mémoires.

Un autre point concerne la manière dont la Cour de cassation accepte ou non de transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité. Elle estime qu'elle n'a pas à transmettre les questions qui mettent en cause l'interprétation qu'elle fait de la loi et donc sa propre jurisprudence.

En matière notamment de droit pénal, une controverse est ouverte ce jour.

B - LA CONCURRENCE ENTRE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ

En 2008, lors de la révision de la Constitution, j'avais déposé un amendement pour proposer que le Conseil constitutionnel soit chargé du contrôle de conventionalité, pour aller au-delà de la jurisprudence IVG. Les jurisprudences de la Cour de cassation comme de la Cour de Justice de l'Union européenne montrent que le droit de Strasbourg et de l'Union européenne sont déjà supérieurs à la Constitution et au contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel censure des dispositions législatives jugées conformes à la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, au nom du principe de l'individualisation des peines, dans la décision du 11 juin 2010. A l'inverse, la Cour de cassation déclare contraires à la Convention européenne des droits de

l'homme des dispositions législatives que le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation, avait trouvé parfaitement conventionnelles, notamment dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 octobre 2010.

En dernier ressort, le droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme prime sur la Constitution.

En conclusion, on peut se demander si la confrontation entre la Constitution et le droit pénal substantiel ne va pas céder la place à la confrontation entre le droit européen des droits fondamentaux et le droit pénal procédural. La seule limite à cette interrogation est que, dans la pratique, nous assistons à une unification européenne du droit. La différence entre les droits fondamentaux des différents Etats devient marginale, sous l'effet du droit européen mais aussi du droit comparé. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait d'ailleurs référence au droit de Strasbourg et au droit comparé des Constitutions des Etats membres.

DÉBAT

- **Yves BOT, avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne**

Le droit pénal européen est en marche par l'effet d'une part de la procédure préjudicielle d'urgence applicable depuis le 1^{er} mars 2008 et d'autre part de l'entrée en vigueur de la Charte depuis le 1^{er} décembre 2009. La Cour va donc commencer à rendre des arrêts dans lesquels la question de la délimitation du champ d'application de la Charte lui a été posée.

La Cour fait en outre référence dans ses décisions à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui sera consolidé par l'adhésion en cours de l'Union à la CEDH. Il est évident que, sous cet angle, je ne pense pas qu'il existe un risque de concurrence ou d'opposition frontale mais plutôt un risque d'action en complémentarité. Des avancées ont déjà été constatées dans le domaine du droit pénal, par le biais de questions préjudicielles relatives au mandat d'arrêt européen. La Cour a répondu, dans un arrêt eBay, que la finalité de la peine devait être prise en compte pour déterminer si une juridiction. J'ai toutefois le sentiment que ces avancées sont passées relativement inaperçues pour la doctrine pénaliste. Je vous incite donc à porter vos regards non plus préférentiellement vers Strasbourg mais aussi, de manière complémentaire, vers Luxembourg.

- **Pierre FAUCHON**

Vous avez souligné que les avancées se faisaient pas à pas alors que la criminalité transfrontalière avance à grand pas. Dans ce domaine, ne pourrions-nous pas recourir à la formule des coopérations renforcées ? Les Etats membres qui le souhaitent pourraient alors progresser ensemble, dans le cadre de traités auxquels adhèreraient quelques Etats, par exemple pour créer un Parquet commun pour poursuivre les criminalités transfrontalières. Les autres Etats s'y joindraient ensuite, par effet d'exemplarité. Pour le casier judiciaire commun, devant les difficultés, la France, le Benelux, l'Allemagne et l'Espagne ont organisé une articulation efficace de la communication de leurs casiers judiciaires. Désormais, une dizaine d'Etats adhère à ce système, ce qui prouve que les coopérations renforcées constituent un moyen d'avancer.

- **Didier BOCCON-GIBOD**

Vous avez raison. La coopération renforcée est effectivement une étape préalable à l'harmonisation : quand le dispositif fonctionne, les autres pays se greffent dessus. L'exemple du ministère public européen est tout à fait typique. Comme il sera difficile d'obtenir une unanimité, c'est bien sur la base d'une coopération renforcée que ce ministère public sera instauré. Neuf Etats peuvent effectivement demander la constitution de ce ministère public

européen. C'est par ces pays précurseurs que s'érigera l'harmonisation, de manière plus progressive.

- **Pierre FAUCHON**

Nous militons, à la commission des affaires européennes du Sénat, pour cela et employons le terme de coopérations spécialisées. Il existe de telles restrictions au système des coopérations renforcées que nous commençons simplement à amorcer les coopérations renforcées dans le domaine du droit conjugal. Il est effectivement difficile de progresser à 27.

- **Régis de GOUTTES, premier avocat général à la Cour de cassation**

En 1993, j'avais émis quelques hésitations sur la création d'un Procureur européen. Au terme d'une carrière judiciaire, nous avons assisté à plusieurs révolutions, à commencer par celle de l'acculturation progressive du juge national à la Convention européenne des droits de l'homme et au droit communautaire. Le travail des juges européens a été plus efficace et plus rapide que l'évolution des institutions européennes. Nous n'avons pas évoqué la révolution des juridictions pénales internationales. Il y a encore trente ans, cette idée était évoquée comme illusoire : nous avons maintenant des juridictions internationales. Enfin, on peut citer la révolution de la question prioritaire de constitutionnalité.

- **Henri-Claude LE GALL, Président de la Cour de justice de la République**

Je partage ce point de vue : j'en veux pour preuve la lenteur qu'a mis le corps judiciaire à accueillir la Convention européenne et la rapidité phénoménale avec laquelle il s'est emparé de la question prioritaire de constitutionnalité.

- **De la salle**

La directive du 18 juin 2010 porte des obligations et des sanctions aux employeurs ayant recours à des ressortissants d'Etats tiers en situation irrégulière. L'Union européenne par voie directive n'a pas hésité à incriminer ces comportements d'un employeur. N'est-ce par l'illustration de la jurisprudence de la CJCE de septembre 2005, avec une harmonisation par la directive ?

- **Didier BOCCON-GIBOD**

Je ne connais pas cette directive qui n'a encore pas transposée si elle date de juin 2010 : elle s'inscrit alors dans le processus de Lisbonne qui permet la prise de directive. Il y a sûrement déjà eu des directives qui ont permis à la Communauté de s'inscrire dans le champ pénal mais celle de 2005 était tout à fait typique.

LA PEINE

*La séance est présidée par Christian RAYSSEGUIER,
premier avocat général à la Cour de cassation.*

- **Christian RAYSSEGUIER**

Nous abordons cet après-midi le thème de la peine. Ce thème embrasse une réflexion qui va bien au-delà des aspects juridiques puisqu'il interroge le philosophe, le sociologue, l'historien et le psychiatre. Il est heureux que ce thème soit débattu au Sénat, au vu de l'apport essentiel du Sénat dans l'élaboration du texte fondateur : la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Le Sénat a rajouté, à cette loi pénitentiaire, un titre préliminaire intitulé « *du sens de la peine de privation de la liberté* » dont l'article premier stipule que : « *le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Cette citation résume bien les différents aspects de la peine qui seront débattus tout au long de la journée.

LE SENS DE LA PEINE : VENGEANCE, RÉPARATION OU CORRECTION

Jean-François MATTEI,
professeur émérite de l'Université de Nice-Sophia Antipolis,
membre de l'Institut Universitaire de France

Quand on s'intéresse au fonctionnement du système pénitentiaire d'un Etat, ce qui relève d'un souci politique et social, on ne peut éviter de s'interroger sur la nature de la peine, ce qui renvoie à une réflexion juridique et, sans doute, à une aporie philosophique. D'une façon générale, le Droit pénal est la branche du Droit public qui incrimine les infractions, du point de vue légal, matériel et moral, et fixe les sanctions imposées aux auteurs de conduites antisociales. Nous avons là une double dimension incriminatrice et sanctionnatrice qui conduit aux deux réponses de la criminalisation et de la pénalisation selon l'adage latin « *nullum crimen sine pœna* ». Si, dans les sociétés anciennes, les violences privées étaient l'affaire de vengeances privées, les sociétés modernes leur ont substitué une répression de type étatique. Mais, en même temps que l'émergence de l'Etat de droit, on a assisté à l'émergence d'une raison critique qui a mis en cause les différentes justifications du droit de punir. Dans la mesure, en effet, où l'Etat moderne se définit, selon le mot de Max Weber, par « *le monopole de la violence physique légitime* », on ne peut que s'interroger sur la légitimité du monopole que s'est octroyé l'Etat par la force du droit.

En reprenant les débats contemporains consacrés au sens de la répression pénale, on constate qu'ils mettent en évidence quatre fonctions différentes. En ce qui concerne la dimension morale de la peine, elle remplit d'abord une fonction de réparation au service de la victime et, parallèlement, une fonction de rétribution au service de la société. Le criminel doit payer pour son crime avant de retrouver sa place parmi les autres hommes en subissant une peine proportionnelle à la gravité de son infraction. En ce qui concerne la dimension utilitaire de la peine, elle possède d'abord une fonction de prévention, sous la forme d'une intimidation, en dissuadant d'autres individus de commettre des méfaits analogues. Cette exemplarité de la peine vise, en outre, à rééduquer l'infacteur en le réinsérant dans la société, ce qui revient à éliminer par la sanction ses tendances violentes ou criminelles. Ces quatre fonctions, que l'on retrouve avec des nuances diverses chez tous les auteurs qui traitent de la peine, reviennent au fond à purifier le crime et le criminel dans un écho lointain, mais vivace, de la souillure religieuse que produisait la transgression de la loi dans les sociétés anciennes. La réalité du crime est tellement visible, et bouleversante, pour les témoins de l'acte, que la souillure perdure même si son auteur, à l'image d'Œdipe, est irresponsable.

Œdipe, comme tyran de Thèbes aussi bien que comme criminel, se crèvera les yeux sans pour autant pouvoir réparer ses crimes envers Laïos et Jocaste.

I - LA DIMENSION MORALE DE RÉPARATION ET DE RÉTRIBUTION

Mais qu'entend-t-on exactement quand on parle de « sens de la peine » ? La consultation de la plupart de textes qui traitent du sujet montre que le *sens* de la peine est surtout pris dans le second sens du mot « sens », c'est-à-dire dans la *signification* de la peine. Or, le premier sens du mot « sens » n'est pas celui de la signification, mais celui de la *direction* ou de l'*orientation*. S'interroger à nouveaux frais sur le sens de la peine revient alors à s'interroger sur la relation de l'incrimination au temps. L'infraction et la peine composant un couple indissociable, il faut envisager leur relation au temps pour approcher leur sens. Ils relèvent en effet de l'implication logique, $p \Rightarrow q$ ou « si p, alors q », et non d'une première action p suivie éventuellement de l'action q. C'est le lien de réciprocity entre les deux qui fait problème avec le retournement de $q \Rightarrow p$ ou « si q, alors p ». Nous avons alors la relation d'équivalence : $p \Leftrightarrow q$. Si p est l'infraction, et q la peine, la relation $p \Leftrightarrow q$ devra se justifier, non pas par rapport aux deux protagonistes, mais par rapport à un tiers, le temps. La chronologie défie ici la logique. En d'autres termes, s'il est vrai que l'infraction implique la peine, est-ce que la peine peut revenir sur l'infraction et l'annuler ? La réponse est nécessairement négative puisque l'infraction, qu'elle soit crime, délit ou contravention, ne saurait pas plus être effacée de l'existence que Lady Macbeth n'effaçait la tache de sang sur sa main blanche. Il faut donc que la peine ait un autre sens à côté de celui de la réparation qui implique cette fois l'avenir.

On oscille donc toujours, en parlant du *sens* de la peine, entre une peine tournée vers le *passé* et une peine tournée vers l'*avenir*, ce que j'appellerai, en les mettant face à face, une peine de *réparation* du crime passé, et une peine de *séparation* du criminel de son crime. Il va de soi que la réparation est le premier souci de la peine parce qu'elle concerne l'acte criminel lui-même. Ainsi, pour Kant, « la peine judiciaire, ou *pœna forensis*, ne peut jamais être infligée uniquement comme moyen de restaurer le bien sous une autre forme, soit pour le criminel, soit pour la société civile, mais doit toujours être prononcée contre lui pour la seule raison *qu'il a commis un crime* »¹. La loi pénale est donc un impératif catégorique, au sens kantien, c'est-à-dire un absolu qui renvoie à la violation de la loi et non aux conséquences de cette violation. Aussi Kant prend-il comme mesure de la peine ce qu'il nomme « le principe d'égalité (figuré par la position de l'aiguille de la balance de la justice) qui consiste à n'incliner pas plus d'un côté que de l'autre ». Il ajoute cette remarque en soulignant l'expression choisie : « Seule la *loi du talion (jus talionis)* peut fournir avec précision la

¹ Kant, *Doctrine du Droit, Le Droit public, 1ère section, « Le droit politique », § 49 E, Œuvres philosophiques, III, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1986, p. 601.*

qualité et la quantité de la peine ; tous les autres principes sont chancelants ». Cette loi consiste donc à « rendre la pareille » à l'action criminelle initiale.

Dans le cas du meurtre, il n'y pas d'égalité possible entre le crime et sa réparation, souligne Kant avec insistance. C'est pour cette raison qu'il défend, contre Beccaria et sa « sensiblerie sympathisante d'une humanité affectée », la peine de mort. Il s'appuie ici sur la loi du talion qui remonte, comme on sait, au code d'Hammourabi. Elle implique une identité entre le crime et son châtement qui sont tous deux *tels, talis*. Mais le talion, comme pulsion d'égalité, n'a de sens, comme toute égalité, que dans l'espace. L'équilibre des plateaux de la balance le montre assez, car, même si on rééquilibre les deux plateaux après les avoir déséquilibrés, donc dans le temps, ils sont maintenant égaux dans l'espace. Or, le crime et sa réparation ne sont jamais coexistants dans l'espace pas plus que dans le temps. Le décalage temporel, d'une part, et l'impossibilité de remonter le temps, d'autre part, interdisent au deuxième œil arraché de redonner la vue au premier œil crevé. La symétrie est donc fautive en ce sens que la *réparation* n'en est pas une en raison de la *séparation* des deux actes. La peine ne compense pas la violence faite à la victime, mais punit seulement le criminel, comme si le temps interdisait à la société de rétablir un état antérieur pour la conduire à produire un état ultérieur.

Il reste que l'exigence de réparation est séduisante pour l'esprit dans la mesure où elle est fondée, comme disait Bentham, sur le « principe de l'analogie ». La peine idéale serait l'imitation, ou *mimesis*, du crime idéal de telle sorte que tous deux seraient leur propre reproduction en miroir. Si un meurtrier tue une personne, il le paiera de sa vie. La castration sera l'imitation du viol, et l'amputation l'imitation du vol. Dans sa *Théorie des peines légales*, Bentham allait jusqu'à dire que l'instrument de la peine devait être analogue à l'instrument du crime. On ferait par exemple souffrir un incendiaire par le feu, à défaut, car Bentham était abolitionniste, de le consumer par la flamme. Le mimétisme de la peine et du crime fascinait encore Montesquieu qui reconnaissait dans la sanction le rétablissement d'un ordre détruit : « *C'est le triomphe de la liberté lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse ; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose ; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme* »¹.

La peine juridique moderne s'enracine dans la vengeance expiatoire ancienne, celle de Némésis, qui est un acte paradoxal puisqu'elle cherche à annihiler un crime antérieur sans réussir à l'effacer. Ce que la déesse elle-même ne peut faire, quand elle crie vengeance, l'homme le peut moins encore. Comme l'écrivait Platon, en faisant parler Protagoras dans le dialogue éponyme, « *celui qui réfléchit quand il veut infliger une correction, son motif n'est pas de tirer vengeance de l'injustice passée, car il ne saurait faire que ne se soit pas produit ce qui a été accompli. C'est au contraire l'avenir qu'il a*

¹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XII, paragraphe 4, Paris, Le Seuil, 1964, p. 599.

en vue, pour éviter de nouvelles injustices de la part du même individu et de la part de quiconque aura été le témoin de la correction infligée. Du fait qu'il a cette idée, il a l'idée que la moralité est le fruit d'une éducation ; en tout cas, le motif qu'il a d'infliger une correction, c'est de détourner de la faute » (324 b). La peine doit donc plutôt être préventive, bien qu'elle garde l'idée morale, et sans doute religieuse, de souillure.

II - La dimension utilitaire de prévention et de réinsertion du criminel

La sanction pénale, entendue comme une éducation négative symétrique de la négativité de l'injustice, permettra au criminel de se purifier. Pour le regard réparateur que l'on porte sur elle, la peine remplit le rôle de rééquilibrage d'un état antérieur qui a été affecté ou détruit. Elle est la marque d'un ordre qui vient compenser un désordre. La difficulté, on l'a vu, tient à ce que l'équilibre est toujours un modèle spatial alors que la peine est une sanction temporelle. Or, si l'espace peut être parcouru dans tous les sens, le temps ne permet pas de revenir en arrière. Il n'y a pas de rétablissement possible d'un état passé qui est définitivement révolu. La peine ne peut pas annuler ce que l'infraction a effectué et son exigence sera d'autant plus grande que le sentiment d'impuissance de la société est plus fort. La sentence pénale suit alors la logique de la justice commutative analysée par Aristote : la peine est la contrepartie de la faute. Mais toutes deux, inscrites dans deux moments successifs du temps, continueront à persister dans le temps sans que la seconde action ne parvienne, parce que seconde, à annuler la première. Toute symétrie s'avère impossible. La peine réelle n'existe qu'en raison de la faute réelle, alors que la faute réelle existe indépendamment de la peine possible qui, au moment de la faute, n'est qu'une hypothèse que l'auteur de l'infraction n'envisage généralement pas.

Il paraît plus légitime que la peine affecte le criminel dans son avenir plutôt qu'elle assiste la victime dans son passé. Elle prend ainsi une fonction d'éducation qui complète la fonction de réparation. Bien que toute peine conserve un aspect vindicatif parce qu'elle est une forme adoucie de l'esprit de vengeance, comme l'a montré Nietzsche, elle doit se projeter dans l'avenir, non plus sous la forme d'une réparation, mais sous la forme d'une séparation. Le criminel pourra être séparé de son passé en raison de sa réhabilitation future. La finalité de la peine ne peut donc se réduire au seul principe de proportionnalité parce qu'aucune peine ne peut véritablement se proportionner, et *a fortiori*, s'égaliser, à l'infraction initiale. Hegel parlait de « *la connexion interne virtuelle du crime et de l'acte qui l'établit* », c'est-à-dire de son incrimination. Certes. Mais il n'y a pas de connexion interne *réelle* entre le crime et sa réparation. C'est encore aujourd'hui la thèse de John Rawls quand il indique que la personne qui a mal agi « souffre *en proportion*

de ce mal. Le fait que le criminel doive être puni découle de sa culpabilité et la sévérité de la peine dépend de la perversité de l'acte »¹.

Mais, d'un autre côté, on ne peut réduire la peine aux seules conséquences préventives pour le criminel et la société. Qu'on le veuille ou non, une force irrésistible pousse la société à vouloir châtier le crime lui-même, dans son injustice radicale, en déterminant l'intensité de la peine. Les hommes ont la volonté de punir non seulement les crimes infligés aux victimes et les souffrances infligées à leurs proches, mais les infractions aux normes juridiques et aux principes moraux qui les constituent en tant qu'hommes. Pour le dire de façon rapide, et contrastée, c'est l'*humanité* abstraite que le droit pénal défend dans son exigence de réparation, en considérant l'horreur d'un crime qui attente à l'idée d'homme. Mais c'est l'*homme* concret que le droit pénal défend dans son exigence d'éducation du criminel qu'il faut réinsérer, moins cette fois pour le bien de l'humanité que pour son bien propre. Et ce bien est précisément le retour de l'homme dans le chœur de l'humanité. La dignité de l'homme tient autant au respect dû à la victime qu'à la réinsertion du criminel dans son existence d'homme. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a estimé, dans sa décision du 20 janvier 1994, que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* ».

Il semble donc raisonnable de prendre une position moyenne dans cette question de la peine qui est en définitive celle du mal puisque la peine est un mal postérieur engendré par un mal antérieur, un « *contre-mal physique et moral* » écrit Jacques Vanderlinden². La plupart des penseurs, de Platon à Kant ou Hanna Arendt, ont en effet reconnu que le mal était un problème aporétique, donc privé d'une solution totalement satisfaisante. Le sens de la peine, j'entends par là sa finalité, c'est-à-dire son orientation dans le temps, sera ainsi moins rétributif que préventif, la prévention étant celle du criminel et de la société. La sanction pénale n'est pas une fin en soi, comme le voulait le rigorisme kantien dans sa pureté, mais un moyen de limiter la violence dans une société qui ne parvient jamais à instaurer une justice absolue. L'éthique de conviction, sans céder la place, doit admettre celle de l'éthique de la responsabilité.

Pascal avait déjà établi la vérité du paradoxe. « *Ne pouvant faire qu'il soit force d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force. Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien* »³.

¹ J. Rawls, « *Two concepts of rules* », *The Philosophical Review*, tome LXIV, 1955, p. 65.

² J. Vanderlinden, « *La peine. Essai de synthèse générale* », *La Peine*, IV^e partie, Bruxelles, 1991, p. 435.

³ Pascal, *Pensées*, Br. 299-271 ; Lafuma, 81-82 ; Sellier, 116 ; Le Guern, 76.

LA MULTIPLICATION DES PEINES

Jacques-Henri ROBERT,
professeur émérite de l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Le thème qui nous réunit invite à un exercice d'arithmétique comparé. En 1810, il y avait cinq peines correctionnelles d'emprisonnement : l'amende, la confiscation, la surveillance de haute police et la perte de droits civils, civiques et politiques. En 2010, l'article 131-3 comprend une énumération de huit entrées dont un numéro renvoie à l'article 131-6 qui comprend 15 numéros, soit un total provisoire de 22 peines auxquelles s'ajoutent les peines complémentaires de l'article 131-10 dont les énoncés sont pour certains précis, comme la fermeture d'un établissement, tandis que d'autres sont bien plus vagues, comme les incapacités ou les retraits d'un droit. Il s'avère alors difficile de dénombrer les peines correctionnelles. La démonstration de leur multiplication ne s'arrête pas là : si on considère le sursis avec mise à l'épreuve, le total s'élève à une trentaine de peines correctionnelles.

Le titre multiplication fait moins bonne figure pour les peines criminelles qui étaient au nombre de 13 en 1810 (réclusion, travaux forcés, mort civile, marque, confiscation générale...). Ces peines ont été supprimées au fil du temps. Ne substituaient en 1994 que la réclusion et la détention criminelle. Le nouveau code pénal y a ajouté l'amende et les peines correctionnelles puisées dans le vivier de l'article 131-10.

Depuis 1994, la liste des peines criminelles a augmenté, plutôt en introduisant des nouvelles modalités d'exécution de la peine qui sont ressenties par les condamnés comme des peines. Ces nouvelles peines complémentaires sont, par exemple, le suivi socio-judiciaire ou la surveillance électronique mobile. Ces modalités se sont multipliées en 2007, 2008 et 2010 avec la surveillance judiciaire et l'injonction thérapeutique puis la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté. Si le Conseil constitutionnel considère qu'il s'agit de mesures de sûreté, il sera difficile de convaincre les condamnés qu'ils ne sont pas soumis à une peine quand ils sont enfermés au titre de la rétention.

Les peines criminelles et les mesures de sûreté ont été inspirées par l'effroi populaire que causent certains crimes. L'enfermement est alors jugé insuffisant : les peines criminelles sont alors multipliées pour les ajouter, en prison ou après la prise, à l'enfermement. La multiplication des peines correctionnelles est en revanche inspirée par le désir législatif d'éviter l'emprisonnement, souci qui date de l'école positiviste italienne. Les positivistes ont bien compris que, d'un emprisonnement très court, on ne peut attendre aucune amélioration du condamné. De cette conviction centenaire sont nées de nombreuses lois, à commencer par le sursis simple du sénateur

Bérenger ou par la libération conditionnelle de Waldeck-Rousseau jusqu'à la loi du 24 novembre 2009. Deux mouvements contraires existent : l'un consiste à multiplier les peines correctionnelles pour éviter l'emprisonnement et l'autre à multiplier les peines criminelles qui s'ajoutent à l'enfermement.

J'exclurai de mon propos les peines de police, désormais peines contraventionnelles, les peines infligées aux personnes morales, créées *ex nihilo* dont les applications sont très inégales.

I - LA MULTIPLICATION DES PEINES CORRECTIONNELLES

La statistique montre que les peines correctionnelles de courte durée restent nombreuses, avec ou sans sursis. Un cinquième des peines correctionnelles aboutit à un emprisonnement. 94 % de ces emprisonnements sont prononcés pour moins de deux ans : la grande majorité des peines correctionnelles est donc brève en dépit des enseignements des positivistes. Le législateur réalise de nombreux efforts pour dissuader le magistrat de prononcer ces peines. Ces efforts ont débuté avec le sursis et la libération conditionnelle ; ils ont continué avec le sursis avec mise à l'épreuve en 1958, le contrôle judiciaire, les peines de substitution créées en 1975 et augmentées en 1983. Le nouveau code pénal de 1992 invente enfin les peines dites alternatives : le législateur est ainsi invité à les inscrire comme peine principale encourue. Toute cette palette ne convainc toutefois pas les magistrats.

1. Les peines de remplacement

La liberté d'aller et venir étant la plus précieuse des libertés, on peut imaginer de punir les citoyens en les privant d'autres libertés : il faut alors lister les libertés publiques et inventer les peines correspondantes. Le législateur s'est livré à ce jeu, agissant sur la nature des peines mais aussi sur la manière de les infliger.

a) La multiplication du contenu des peines

La liberté d'aller et venir peut être restreinte autrement que par la prison, à savoir par l'interdiction de séjour, la surveillance électronique fixe, la privation du permis de conduire, l'obligation de recevoir ou de faire des visites à des fonctionnaires, la reconduite à la frontière pour les étrangers.

Les libertés civiques peuvent également être supprimées à titre de peine : l'électorat, l'éligibilité, l'exercice de fonctions publiques ou la liberté de communiquer. La loi Hadopi du 28 octobre 2009 prive une personne du loisir d'être connectée à Internet. Interdiction peut également être faite aux malfaiteurs de raconter ce qu'ils ont fait dans des livres ou des émissions de télévision.

L'incapacité civile connaît beaucoup de limitations avec les interdictions professionnelles, d'utiliser les moyens de paiement, de concourir

aux marchés publics, d'élever ses enfants ou même de vivre avec son conjoint.

La propriété peut être limitée par les jours amendes, la fermeture d'établissement...

Cet ensemble se gonfle au gré des imaginations législatives et fait ressusciter la mort civile d'autrefois. Il existe également des obligations de faire : le travail d'intérêt général, les stages de sensibilisation à différents objets comme les valeurs républicaines, la responsabilité parentale, les dangers des stupéfiants. Existente enfin les sanctions / réparations.

b) La multiplication des régimes

Le travail d'intérêt général peut être une peine complémentaire, qui peut être également prononcée à titre principal, être la condition d'un sursis ou être le fruit de la transformation de l'emprisonnement opéré par le JAP. Au cours des discussions relatives au code pénal, une discussion très intéressante a porté sur le fait de savoir s'il fallait changer les peines de substitution en peines alternatives. Les peines de substitution sont offertes au juge à la place de l'emprisonnement. Certains députés ont proposé que le législateur puisse inscrire ces peines alternatives dans le texte d'incrimination, comme à l'article 322-1. Cette invitation que le législateur s'adressait n'a pas beaucoup prospéré. La loi du 3 mars 2004 a supprimé la formule de l'article 131-6 destiné à inciter le législateur à utiliser ces peines. Nous en sommes donc restés aux peines de substitution, cette dernière étant opérée par le juge.

58 000 peines d'emprisonnement fermes, soit la moitié de ces peines, sont des peines de substitution, ce qui équivaut à un dixième des condamnations correctionnelles. Seules trois peines sont réellement appliquées : la suspension du permis de conduire, les jours-amendes et le travail d'intérêt général. Les autres sont quasiment inusitées.

1. Les limites de ces peines de remplacement

La plupart de ces trente peines ne peut être contrôlée. La sanction de l'inobservation de ces peines, lorsqu'elle est détectée, est l'emprisonnement lui-même. L'emprisonnement encouru peut toutefois être lui-même d'une substitution. Un magistrat hostile à l'emprisonnement pourrait donc accumuler, au fil des condamnations successives pour un même condamné, une quantité d'incapacités qui finirait par lui rendre la vie impossible.

Les peines de remplacement trouvent une limite criminologique et juridique dans la nécessité de maintenir l'exemplarité de la peine. La privation de droits non privatifs de la liberté d'aller et venir n'est pas ressentie par la communauté nationale comme suffisamment sévère. Les auteurs de la loi du 11 juillet 1975 instituant les peines de substitution les avaient d'ailleurs qualifiées de substitut aux peines courtes d'emprisonnement. Le législateur

interdirait lui-même de manière indirecte ces peines de remplacement pour des délits graves.

Il existe d'ailleurs une gradation dans la gravité des délits correctionnels. Au dessus de deux ans, le juge d'application des peines perd son pouvoir de transmutation de la peine d'emprisonnement. Les peines de plus de trois ans sont la plus petite infraction pour encourir le suivi socio-judiciaire, peine d'addition et non de substitution. Au même seuil de trois ans, le régime des peines plancher pour les récidivistes commence à s'appliquer. Au dessus de cinq ans, le bénéfice du sursis ne peut plus être accordé et la période de sûreté commence à pouvoir être prononcée. Les délits punis de dix ans d'emprisonnement sont traités comme des crimes. La frontière entre délits et crimes a effectivement été élevée de sept à dix ans. Pour ces infractions, l'enfermement demeure la sanction ordinaire. Les auteurs exposés à des peines multipliées sévère sont ceux dont on redoute la dangerosité : ils sont concernés par la multiplication des peines.

I - LA MULTIPLICATION DES PEINES POUR LES CRIMINELS DANGEREUX

Le phénomène des criminels dangereux est une résurgence de la surveillance de haute police d'autrefois. Les peines destinées à s'ajouter à l'enfermement des criminels ou des délinquants dangereux ressemblent à cette surveillance de haute police. La société se méfie de ces personnes et estime que leur activité doit être encadrée. Avec l'amélioration des procédés techniques de surveillance, l'époque moderne dispose du bracelet électronique mobile, de fichiers informatiques et de traitements médicaux. La Suède a ainsi longtemps pratiqué la castration chirurgicale. Les progrès de la médecine ont permis d'appliquer l'administration de substances inhibitrices de la libido. Le fruit de ces multiplications de peines est réservé à certains délinquants.

1. Les délinquants concernés

Le droit moderne définit les personnes dangereuses non plus par les catégories juridiques délit-crimes mais par un procédé subtil : la création des personnes qui encourrent le suivi socio-judiciaire. Il n'est pas nécessaire que ce suivi soit prononcé ou que ces personnes aient commis des infractions après l'entrée en vigueur du suivi socio-judiciaire. L'article 717-1 du code pénal définit les personnes condamnées pour une infraction pour laquelle un suivi socio-judiciaire est encouru. Outre les infractions criminelles contre la vie figurent les séquestrations, les enlèvements, les destructions de biens par explosif, les violences mêmes légères contre des personnes vulnérables ou respectables ou perpétrées avec une circonstance aggravantes et qui ne font encourir que trois ans d'emprisonnement. Enfin, la rétention de sûreté s'adresse aux auteurs de crimes atroces.

2. Le traitement réservé à ces personnes

Le législateur procède en deux temps. Il met d'abord en œuvre des procédures permettant de prendre des décisions à l'égard des condamnés : outre le jugement de condamnation, il s'agit de la libération conditionnelle, assortie de conditions, la permission de sortie, la semi-liberté, le placement à l'extérieur, soit toutes les mesures que peuvent prendre les tribunaux d'application des peines. Ces institutions anciennes sont réutilisées à de nouvelles fins et s'y ajoutent de nouvelles institutions dédiées aux délinquants dangereux, comme le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire et la surveillance de sûreté.

Différents outils sont vissés sur ces supports de décision, avec des restrictions anciennes, avec les 24 conditions du sursis de mise à l'épreuve, ou nouvelles comme l'injonction de soin ou l'interdiction de fréquenter certains lieux ou certaines personnes. La surveillance électronique mobile peut être appliquée comme peine complémentaire autonome, comme composante du suivi socio-judiciaire, comme composante de la surveillance judiciaire, comme composante de la surveillance de sûreté. L'injonction thérapeutique peut s'adapter à la libération conditionnelle, aux permissions de sortie, à la semi-liberté ou au placement à l'extérieur. Ces restrictions nouvelles s'ajoutent aux 24 conditions du sursis avec mise à l'épreuve. Ce dernier a changé de nature : alors qu'il servait à l'origine pour éviter l'emprisonnement, il est désormais utilisé comme un instrument d'oppression.

La surveillance de l'exécution de toutes ces restrictions est assurée par des fichiers, comme le fichier national automatisé des auteurs d'infraction sexuelle ou violence, le fichier des personnes recherchées au titre des décisions judiciaires ou encore le fichier national automatisé des empreintes génétiques. Tous ces dispositifs permettent de localiser les personnes. Une restriction de liberté est particulièrement cruelle : celle qui consiste à s'approcher des lieux où pourrait se trouver la victime et ses héritiers. Si jamais la personne s'en approche, elle peut être arrêtée par la police et mise en garde à vue dans une procédure dans laquelle le juge d'application des peines exerce les fonctions du Procureur. Nous avons donc reconstitué une catégorie d'individus qui était celle visée par la surveillance de haute police, laquelle n'était pas soutenue par des fichiers.

DÉBAT

- **Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation**

L'article 132 qui impose au juge de rechercher toute autre solution que la prison commence à être appliqué en jurisprudence. De nombreuses cassations interviennent car le juge ne justifie pas sa décision. Le juge d'application des peines et le Procureur devront examiner si le juge aurait pu prendre d'autres sanctions que la prison et le juge d'application des peines devra voir s'il peut transformer la peine de prison à une autre peine. Ceci vaut pour toutes les peines inférieures à deux ans d'emprisonnement, ce qui pose un grave problème de structure de nos institutions actuelles. En effet, l'institution de jugement ne se situe plus actuellement dans le prétoire mais se déplace dans les bureaux. Le juge d'application des peines, dans le silence et la confidentialité de son cabinet, pourra transformer toutes les peines prononcées par les juges. Nous assistons donc à un glissement manifeste de la décision vers le juge d'application des peines. Le juge de jugement statue en une fois et se prononce sur la culpabilité et la peine alors que le juge d'application des peines peut statuer en plusieurs fois, avec une succession d'instances pénales : le juge pourra, dans un premier temps, mettre un bracelet électronique mobile, puis le placer en détention et le ressortir en semi-liberté, prévoir ensuite une libération conditionnelle... Nous ne sommes alors en présence non plus d'une justice de l'instant mais d'une justice de la durée, ce qui était presque inévitable lorsqu'on a transformé les peines corporelles en 1810 et qu'on a introduit l'emprisonnement, créant une peine qui s'exécute dans la durée.

Le système judiciaire a dû s'adapter avec ses structures à ce type de rapports. Ce point a beaucoup d'importance dans la décision. J'ai présidé pendant très longtemps la Cour d'assises et ai vécu les délibérés où on doit expliquer aux jurés qu'ils prononcent la peine et que le juge d'application des peines peut les modifier. Les jurés souhaitent que la personne ne sorte pas de prison avant tel moment. Il faut alors réaliser de savants calculs qui tiennent compte de la durée de la détention provisoire et des remises de peine initiales et supplémentaires, accordées de manière peu restrictive. Au total, si les jurés voulaient que le condamné reste encore six ans en prison, ils doivent prononcer une peine qui équivaut à 17 ans, ce qui fausse complètement l'analyse de la juridique de jugement puisque la peine change ensuite. Le juge du jugement ne maîtrise plus la peine qui sera exécutée ce qui pose un sérieux problème dans la structure de nos institutions pénales.

- **Didier BOCCON-GIBOD**

Personne n'ignore que la situation dans les prisons est très particulière. S'occuper quotidiennement de personnes détenues pour une très longue durée interdit de considérer qu'elles sont là comme suspendues. On peut défendre une position qui consiste à dire que le juge, au moment où il prononce la condamnation, sanctionne l'infraction commise. Le juge est chargé de sanctionner un comportement mais il n'a pas à avoir la maîtrise de sa décision : il prononce ce que vaut le fait sanctionné. En prison, les gens évoluent, bien ou mal. Les personnels sont soumis à des pressions. Dans certains cas, les mesures prises en faveur des détenus permettent au personnel d'exercer leurs fonctions. Nous ne pouvons pas écarter ces points. L'éthique du juge ne lui permet pas de dire qu'il faut, pour qu'une personne passe dix ans en prison, prononcer vingt ans. Le juge ne peut que dire quelle est la peine encourue et ce qu'il est possible de prononcer. Il est également possible d'expliquer à un juré que ce qui se passe pendant la détention relève d'autre chose que du prononcé de la sanction.

- **Jean DESESSARD, sénateur de Paris**

Je crains qu'on donne l'impression ou l'illusion que l'aménagement de peine est un cadeau fait à la personne condamnée. Dans ce cas, on peut regretter le glissement qui se fait d'un juge qui prononce la peine à un juge d'application des peines. Or le juge d'application des peines n'agira pas de la même manière selon la durée de la peine. En outre, pour donner toutes ses chances à l'aménagement des peines, encore faudrait-il qu'il y ait des personnels en nombre suffisant au niveau de l'administration pénitentiaire pour que l'aménagement de peines soit contrôlé et suivi et devienne ainsi une méthode plus intelligente et plus performante qui ne retire rien à la sanction et peut être reçue comme plus contraignante qu'un simple enfermement.

- **Jacques-Henri ROBERT**

Je vous renvoie au rapport de la commission sur l'analyse et le suivi de la récidive.

- **De la salle**

Je constate qu'en droit français, la notion de peine revient à la peine applicable, contrairement à la peine américaine puisque des personnes sont condamnées aux Etats-Unis à 100 ans de prison, voire plus.

- **Yves BOT**

Les points de vue exprimés sont finalement complémentaires : évidemment, les personnes évoluent en prison et le système d'exécution de la peine est donc nécessaire. Ce point de vue est en conformité avec la définition moderne de la peine. Vous disiez que la sanction sert aussi à séparer le criminel de son acte. Si la sanction a cet effet, comment ne pas en tenir compte

ensuite au stade de l'évolution de son comportement ? Le problème ne serait-il pas obscurci par le fait que ces mesures destinées à tenir compte de l'évolution du condamné sont aussi utilisées comme des mesures de maintien de l'ordre et de la bonne ambiance au sein des établissements pénitentiaires ? Ceci fausse alors le jeu et renvoie au régime de l'exécution matérielle dans les établissements pénitentiaires. Quels établissements pénitentiaires pour quel type de délinquants ? On n'a peut-être jamais voulu prendre les décisions claires que ces principes impliquaient : si on voulait vraiment spécialiser les établissements pénitentiaires, il faudrait renoncer à la proximité géographique des condamnés avec leurs contacts. En privilégiant la proximité avec les amis, la famille et le métier, on saupoudre sur le territoire national au lieu de spécialiser les établissements pénitentiaires, créant ainsi de la promiscuité.

Enfin, la simplification des normes doit être inscrite à l'ordre du jour. Le droit doit être accessible au juge. Quand la Cour de justice de l'Union européenne, cherchant à dégager un principe, balaie les normes appliquées dans les 27 Etats membres, elle a parfois un peu de mal à comprendre la réalité des principes qui sont appliqués en matière pénale.

- **Eric DEZEUZE**

Une des tendances actuelles de notre société, décrite comme une démocratie d'opinion, voire dans un Etat pénal postmoderne, ne dégagerait-elle pas une nouvelle fonction de la peine prononcée, à savoir une fonction ostentatoire et une fonction d'apaisement social et populaire à travers la multiplication de peines croissantes ou de lois sur la récidive créant des peines plancher destinées à rassurer la population ?

- **Jacques-Henri ROBERT**

Les positivistes disaient que les peines sont nécessaires non pas tant parce qu'elles sont utiles que parce que si on ne les appliquait pas il y aurait un grand scandale populaire. Telle était la conclusion à laquelle était parvenue Ferri.

- **Christian RAYSSEGUIER**

Ne pensez-vous pas que le droit pénal de la peine est de moins en moins envisagé sous le prisme de la culpabilité et de plus en plus sous le prisme de la dangerosité ?

- **Jacques-Henri ROBERT**

Un juge qui croirait au libre arbitre s'interrogerait sur la part de la volonté individuelle et des circonstances dans un crime : le juge pourra se poser la question mais ne pourra toutefois jamais la résoudre. Il jugera alors les mobiles et donc la dangerosité, et arrivera alors au même endroit que le juge déterministe qui nierait le libre arbitre et sanctionnerait l'individu selon sa dangerosité, appréciée par rapport au mobile. Le crime d'honneur est bien plus délibéré qu'un crime crapuleux, inspiré par la nécessité ou par des vices ;

il est bien plus déterminé par le libre arbitre et sera pourtant moins puni que le crime crapuleux, du moins en 1900.

C'est donc bien la dangerosité et non pas la mesure de la liberté qui conduit à la mesure de la peine.

- **Jean-François MATTEI**

Nous sommes davantage dans une démocratie d'émotions que dans une démocratie d'opinion. Notre société n'ose plus juger et n'ose plus sanctionner, que ce soit à l'école, à l'université ou dans la société, faute d'outils moraux, religieux et intellectuels qui nous permettraient de juger sur une échelle des valeurs, et donc des peines. Nous n'avons plus le courage pour juger le comportement d'autrui, qu'on soit rigoureux ou qu'on soit laxiste. Demandons-nous si c'est la souffrance de la victime ou celle du criminel qui sera emprisonné qui nous fait peur ou si c'est notre propre souffrance dans le regard que nous jetons sur la victime ou sur le criminel ? Je crois que nous avons peur de regarder ce que subit la victime, même si nous le regardons à la télévision. Il y a en même temps une sorte de catharsis ou de purification qui fait que nous libérons nos instincts d'émotions envers les victimes mais aussi envers les bourreaux.

La société n'ose plus regarder véritablement ce qu'est le crime car nous n'avons pas le regard assez ferme pour le regarder et pour le juger. Il s'agit davantage d'un problème psychologique que juridique.

- **Jean DESESSARD**

Est-ce que la multiplication des peines n'aboutit pas en fait à juger la personne plus pour ce qu'elle est que pour ce qu'elle a fait ? On le voit dans la rétention.

- **Jacques-Henri ROBERT**

On les juge pour leur dangerosité, soit pour ce qu'elles sont et ce qu'elles feront.

- **Jean-Marie DELARUE**

Je suis évidemment davantage sensible à l'effectivité des textes qu'à leur libellé. Les peines sont multipliées dans leur exécution mais le code pénal ne prévoit pas que la personne emprisonnée perdrait son logement, faute de pouvoir le payer, ou les contacts avec ses enfants. C'est pourtant cette suite de peines qui s'ajoute à la sanction pénale elle-même.

Les jurés de Cour d'assises disent qu'ils veulent que la personne soit emprisonnée jusqu'à telle date : or tel n'est pas le sens de notre législation. Il faut se projeter dans l'avenir quand on condamne, en tenant compte des évolutions possibles qui se produisent en prison, et certaines sont considérables.

- **Christine SAUZEAU**

L'économie et le droit étaient auparavant enseignés conjointement. La France connaît une crise économique, avec une délinquance en cols blancs. La France est en désindustrialisation ; l'atelier du monde est en Chine. Quelles peines imaginerez-vous pour tous ceux qui ont perdu leur travail et devront voler un morceau de pain pour se nourrir, à la suite d'un licenciement et aux débâcles des marchés internationaux ?

- **Jacques-Henri ROBERT**

Les positivistes avaient dit : la meilleure des peines pénales, c'est la loi civile.

- **Christian RAYSSEGUIER**

L'article 707 du code de procédure pénale indique : « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* ».

QUESTIONS AUTOUR DE LA PEINE

**Pierre FAUCHON,
sénateur du Loir-et-Cher**

Dans le souci de ne pas empiéter sur les propos de M. Lecerf, spécialiste des questions pénitentiaires, j'ai souhaité improviser mon propos.

Le premier exposé nous a plongés dans un infini philosophique, dans lequel nous nous perdions dans les méandres de la pensée humaine et des spéculations les plus contestables, et le second dans l'infini des variantes et des inventions législatives.

J'ai deux réflexions sur ce sujet : sur la question philosophique, quelle est la raison d'être de la peine ? Je ne sais pas si nous avons peur de condamner mais l'état de nos consciences modernes fait que nous ne nous sentons pas capables de condamner. On a cité de grands auteurs, permettez-moi de citer Jésus-Christ. Dans l'évangile de la femme adultère : on conduit devant le Christ une femme convaincue d'adultère et on est sur le point de la lapider. Le Christ trace des signes mystérieux sur le sol, lève la tête, la regarde et dit « que celui qui n'a jamais pêché lui jette la première pierre ». L'Évangile nous dit qu'ils sont tous partis, les uns après les autres et les plus anciens d'abord. Je ne condamne pas et ne jette pas la première pierre. L'opinion a naturellement besoin que des condamnations soient prononcées d'une manière emblématique : ceci est nécessaire, d'autant plus que nous sommes dans des temps et dans une société où la délinquance, bien loin de se résorber, ne cesse de se multiplier, de prendre des formes nouvelles, imprévues, parfois terrifiantes ou confondantes, et la société ne doit pas se désarmer. Elle doit prononcer des condamnations, au moins comme proclamation. Dans une société réellement civilisée, le seul fait qu'un comportement a été condamné et que cette condamnation est publique devrait suffire en soi. Il reste la dangerosité : il faut empêcher les gens de nuire. Le législateur ne peut ignorer cette nécessité. Il ne faut pas désespérer de la possibilité d'obtenir des amendements par les sanctions. M. Delarue nous disait que des résultats surprenants peuvent être atteints. Tout cela nous amène à reprendre la réflexion sur la prison. Si nous inventons, nous autres législateurs, tant de moyens d'éviter de prononcer la peine de prison, avouons que c'est parce que nous ne sommes pas très fiers de notre prison. Notre système pénitentiaire est un système en échec qui ne réussit ni à convaincre les personnes de leur culpabilité, ni à les faire réfléchir, ni à les amender. Le Président du Sénat me rappelait une visite qu'il avait faite à un établissement pénitentiaire et dont il était sorti profondément bouleversé, inquiet et pessimiste sur l'efficacité de la

prison. Valéry Giscard d'Estaing à l'époque où on parlait des « prisons trois étoiles », disait que la peine devait être une privation de liberté et ne devait être rien d'autre. Or la prison d'aujourd'hui prive de liberté et réunit des circonstances dégradantes et humiliantes. Au lieu de créer une réflexion sur la gravité de la faute commise ou un cheminement vers un amendement, la prison crée un affaissement de la personnalité qui est meurtrie ; elle est une forme nouvelle de torture, telle qu'elle est gérée et telle qu'elle est.

J'ai dirigé, aux débuts de ma carrière, une prison avec jusqu'à 300 détenus. J'avais pratiqué la permission. Quand quelqu'un demandait la permission d'aller passer quelques jours en famille, j'accordais systématiquement cette permission. Cela se passait au Maroc du temps du protectorat. Il était incroyable de voir l'effet de détente psychologique que produisait le système des permissions, qui se répétait presque tous les ans, pour l'individu qui alors se ressourçait et retrouvait sa famille mais aussi pour l'établissement tout entier : la possibilité d'avoir des permissions encourageait effectivement les détenus à se tenir tranquille, à adopter un comportement exemplaire et maintenait le « moral » de chacun. Les permissions sont actuellement très rares, ce que je regrette.

Je me demande aussi s'il ne serait pas possible de développer des activités physiques ou manuelles qui sont si bonnes pour le rééquilibrage psychologique, comme le jardinage, le bricolage et la menuiserie. Dans certaines prisons, des espaces vides ne sont pas cultivés : qu'attendons-nous pour faire pousser des radis ? Cela n'a l'air de rien mais il faut chercher de multiples petites solutions et de petites améliorations qui, mises bout à bout, créeront un climat différent. Je suggère qu'on introduise de telles activités dans les maisons de détention.

• **Christian RAYSSEGUIER**

Je cède maintenant la parole à M. le sénateur Jean-René Lecerf, rapporteur de la dernière loi d'orientation pénitentiaire du 24 novembre 2009.

**Jean-René LECERF,
sénateur du Nord**

Je tenterai de vous donner un exemple de la confrontation du législateur avec la problématique du sens de la peine. Je l'ai vécue en qualité de rapporteur de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire. Il existe un consensus sur le diagnostic posé de la situation de la prison en France : le Sénat et l'Assemblée nationale ont émis il y a dix ans des jugements similaires. L'intitulé de la commission d'enquête sénatoriale, présidée par Jean-Jacques Hyst, en résume la philosophie : « *Prison en France, une humiliation pour la République* ». Devant le congrès de Versailles, Nicolas Sarkozy déclarait le 22 juin 2009 : « *Comment accepter*

que la situation dans nos prisons soit aussi contraire à nos valeurs de respect de la personne humaine ? La détention est une épreuve dure ; elle ne doit pas être dégradante. Comment espérer réinsérer dans la société ceux qu'on aura privés pendant des années de toute dignité ? L'état de nos prisons, nous le savons tous, est une honte pour notre République, quel que soit par ailleurs le dévouement du personnel pénitentiaire ».

Nous avons l'impression avant la loi pénitentiaire que le sens de la peine était simplement celui de la sanction, vécue dans une situation de relative indignité des personnes avec tous les risques que la prison se transforme en une école de la récidive. Pour visiter régulièrement des prisons, je sais qu'il y a des améliorations manifestes depuis quelque temps mais, quand vous rentrez dans une cellule et que vous tombez sur trois personnes qui sont transformées en véritables bêtes apeurées et qui vous racontent qu'elles n'osent plus sortir de la cellule car la dernière fois qu'elles ont été prendre une douche, l'une d'entre elles a été violée. Quand les surveillants confirment de tels propos, vous vous dites alors que la situation des prisons de la République n'était à l'honneur de personne, que l'on risquait de sortir bien pire que l'on y était entré et que ce n'était donc guère protecteur des victimes potentielles.

La loi pénitentiaire nous a offert l'opportunité de changer cette situation. Le Parlement a essayé d'améliorer considérablement le projet de loi initialement déposé qui était assez abouti sur l'aménagement de peines mais beaucoup moins sur l'évolution des conditions de détention. Nous avons eu, avec le gouvernement, des discussions, voire des rapports de force assez rudes, sur des problèmes comme celui de l'encellulement individuel. J'ai eu également la chance que ce texte, au Sénat, essayait les plâtres de la révision constitutionnelle. Le texte qui arrivait devant l'Assemblée n'était plus le projet de loi initial mais le projet de loi modifié par les amendements de la commission. Pour que le gouvernement retrouve son projet, il devait déposer à son tour des amendements pour revenir sur les décisions de la commission des lois, ce qu'il a en vain tenté de faire. Je constate aujourd'hui que Madame Alliot-Marie a ensuite tout fait pour faciliter la mise en exécution de la loi pénitentiaire, même si elle ne correspondait pas tout à fait à ce qu'elle avait initialement souhaité. Le nouveau garde des Sceaux partage cette même volonté. Cette loi est fondatrice, à condition qu'elle passe le plus rapidement possible du stade des intentions à celui de la réalité. Des décrets d'application sont actuellement pris : certains sont encore devant le Conseil d'Etat, d'autres doivent encore être pris. Nous devons veiller à sa mise en application la plus complète et la plus rapide.

La volonté a été que la peine prenne un sens complémentaire. L'article préliminaire que nous avons souhaité introduire dans la loi pénitentiaire porte sur ce sens de la peine : *« le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions »*. Ce

texte s'inspire des règles pénitentiaires européennes : il voulait montrer le chemin à parcourir, comme un phare qui permettrait ensuite d'interpréter les évolutions nécessaires sur la législation pénitentiaire. Il n'a pas été facile de faire adopter cet article sur le sens de la peine, disposition considérée comme non normative, mais nous avons tenu bon. La revue *Pouvoirs* qui vient de paraître sur la prison commente abondamment cette disposition de manière favorable.

Quelles sont les modifications induites par ces dispositions sur le sens de la peine ? Cet élément justifiait d'abord le retour en force du législateur dans l'application des peines. Le législateur est compétent pour définir les crimes et délits et les peines applicables ; il est compétent en matière de procédure pénale mais l'exécution des peines lui échappait totalement, relevant d'un droit de la prison, de circulaires ou de règlements. Ce point était contestable puisque la Constitution, dans son article 34, prévoit également la compétence du législateur sur les libertés publiques. Il pouvait sembler assez évident que, en dehors de la liberté d'aller et venir retirée aux personnes incarcérées, les autres libertés dépendaient, pour les entraves qu'on pouvait leur poser, de la seule volonté du législateur. Telle est la première conséquence de ce sens de la peine nouveau. Nous avons également réaffirmé les principes déjà affirmés à la Libération sur l'importance de la réinsertion et de la possibilité de mener une vie exempte d'infractions.

D'autres aspects de la loi pénitentiaire s'expliquent par cette référence au sens de la peine, ainsi que d'autres aspects de la vie en prison. L'obligation d'activité que le législateur a voulu mettre en place s'impose aux personnes détenues, mais aussi à l'administration pénitentiaire et à la société toute entière. Cette obligation d'activité fut loin de faire immédiatement l'unanimité, mais ceux qui visitent les prisons se rendent bien compte du poids de l'oisiveté et du drame de ce temps mort que constitue trop souvent la période passée en prison alors qu'elle pourrait être mise à profit pour resocialiser la personne et lui donner des chances pour sa sortie. L'obligation d'activité fait partie d'une main tendue à la personne détenue, dans le cadre d'une formation professionnelle, d'un travail carcéral, de responsabilités de gestion d'association culturelle ou sportive, ou d'actions de lutte contre la récurrence de manière à ce que ce projet remette la personne debout et cesse de l'infantiliser.

De la même manière, nous avons souhaité réformer le régime des fouilles : ce régime tel qu'il fonctionnait était-il de nature à faciliter une vie responsable ? Les fouilles corporelles internes étaient-elles bien nécessaires ? La loi les interdit désormais, sauf hypothèses d'école où il faudra l'autorisation d'un magistrat judiciaire et l'intervention d'un médecin extérieur à l'établissement. Les fouilles intégrales ne mériteraient-elles pas d'être plus souvent remplacées, autant que possible, par des fouilles par palpation et par la mise en place d'équipements qui permettraient d'éviter ces actes qui portent atteinte à la dignité humaine et qui expliquent, dans une certaine mesure, l'importance du risque suicidaire dans nos établissements ?

La loi pénitentiaire développe également les unités de vie familiale ou parloirs familiaux : croyez-vous que les conditions dans lesquelles les détenus rencontrent leur compagne ou compagnon sont des conditions dignes ? Croyez-vous que le contact qui s'établit après des années de détention entre une personne et celle ou celui qui l'a accompagné dans sa vie ne doit pas se passer autrement qu'au vu et au su de tout le monde ? Par ce biais, nous tentons de remettre de la dignité humaine dans les prisons.

La différenciation des régimes de détention nous a été reprochée alors qu'elle est indispensable. Les régimes particulièrement stricts, très utiles pour quelques personnes incarcérées, ne doivent pas s'appliquer aux 62 000 détenus. Les régimes permettant une circulation plus facile dans la prison sont une modalité qui facilite le travail, la formation et la socialisation.

Je vous cite ces exemples parmi d'autres de la prise en compte du sens de la peine que nous avons inscrits dans la loi pénitentiaire. La dignité n'est pas respectée aussi du fait de la surpopulation carcérale, qui cède un peu le pas : entre le 1^{er} octobre 2009 et le 1^{er} octobre 2010, la moitié des établissements pénitentiaires qui avaient une densité d'occupation supérieure à 150 % est passée en dessous de ce seuil. Entre 2004 et aujourd'hui, le nombre de personnes incarcérées a diminué de 2 500 à 3 000 alors que le nombre de places augmentait. Nous sommes aujourd'hui en mesure de faire en sorte que l'encellulement individuel, principe inscrit dans la loi depuis 1875, puisse enfin s'appliquer à compter de 2014. Encore faut-il réussir les aménagements de peine, en donnant beaucoup d'importance à l'embauche de conseillers d'insertion et de probation, et donc en cessant de construire de nouvelles places de prison. Je ne crois pas à l'utilité de 5 000 places supplémentaires : il convient certes de créer 12 000 places pour remplacer des places obsolètes, mais il suffira alors de transférer les personnels d'un établissement à un autre. En revanche, avec la création de 5 000 places supplémentaires, l'essentiel des moyens pendant des années sera consacré à l'embauche de personnels de surveillance et l'embauche de conseillers d'insertion et de probation en nombre suffisant ne se fera pas. Nous raterons alors l'essentiel de la loi pénitentiaire, à savoir les aménagements de peine.

Sur la volonté de rechercher des solutions qui donnent du sens à la peine et soient davantage efficaces pour la réinsertion, il existe des prisons ouvertes, comme celle de Casabianda, qui sont des exemples éclairants. Cette prison ouverte accueille des délinquants sexuels ayant commis des infractions graves, qui ont reconnu leur faute et qui disent que les barreaux ne leur sont plus utiles car ils sont dans leur tête. Je suis convaincu que la récidive est moins importante à Casabianda qu'à Mauzac, et moins à Mauzac qu'à Caen. La loi pénitentiaire a prévu de demander à l'Observatoire National de la Délinquance et des Réponses pénales des statistiques sur le nombre de récidives par établissement pour peine afin qu'on connaisse clairement l'effet des conditions de détention sur la récidive.

La loi pénitentiaire n'a pas traité de la maladie mentale en prison, point pourtant essentiel qui exigerait que la santé et la justice s'associent. J'ai

travaillé sur la responsabilité pénale des malades mentaux : de nombreux problèmes psychologiques et psychiatriques se posent à une grande partie de la population carcérale. Pour certains, la maladie mentale est telle que la peine n'a aucun sens. 6 000 personnes au moins n'ont rien à faire en prison. Quand vous visitez des établissements pénitentiaires comme Château-Thierry, vous vous demandez comment le personnel pénitentiaire arrive à faire face à ces problématiques auxquelles il n'a pas été formé. Vous vous demandez aussi pourquoi ces personnes sont dans des établissements pénitentiaires : vous comprenez alors que leur présence est liée la distinction par le code pénal de l'abolition et de l'altération du discernement mais aussi à la fermeture de nombreux lits psychiatriques. La prison accueille alors ces malades mentaux lourds et parfois dangereux. Devant l'absence d'autres solutions, on préfère que la peine de prison sanctionne ces personnes qui devraient pourtant être considérées comme irresponsables. Le code pénal prévoit qu'il faudrait tenir compte de l'altération : quand nous le faisons, c'est généralement pour augmenter la peine et non pour la diminuer, de façon à ce que la protection de la société soit assurée plus longtemps. Même des initiatives intéressantes, comme les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) posent problème : construire des unités psychiatriques pour gérer la population carcérale, n'est-ce pas la preuve que l'on a incarcéré des personnes irresponsables ? Je viens de déposer une proposition de loi sur ce sujet. Ce problème de la maladie mentale est au cœur du sens de la peine : que signifie une peine pour des personnes qui ne comprennent pas les raisons pour lesquelles elles sont là ?

A Tournai en Belgique, des établissements dits de défense sociale accueillent des personnes malades mentales qui sont soignées dans des établissements sanitaires, le temps que leur état se soit notablement amélioré. Elles sont soignées dans des conditions dignes et ne génèrent donc pas des conditions de vie insupportables tant pour les codétenus que pour le personnel de l'administration pénitentiaire, comme c'est trop souvent le cas dans notre pays. Si les premiers progrès accomplis par la loi pénitentiaire sont importants, si le texte dessine les avancées vers lesquelles nous devons nous diriger, il nous reste à traiter le problème de la maladie mentale : on ne pourra pas se dérober à cette obligation encore très longtemps.

- **Christian RAYSSEGUIER**

L'établissement pénitentiaire de Casabianda, ferme pénitentiaire, est effectivement un modèle du genre qui ne connaît aucun incident mais il ne dispose que de 194 places.

- **De la salle**

Les prisons manquent de psychologues et d'écoute ; les prisonniers ont effectivement besoin de s'exprimer.

CLÔTURE DES TRAVAUX

Gérard LARCHER,
président du Sénat

Monsieur le premier président,
Monsieur le premier avocat général,
Monsieur le doyen,
Mes chers collègues,
Mesdames et messieurs,

Je suis particulièrement heureux, en un temps où l'on tente souvent d'opposer politiques et magistrats, de cette célébration conjointe, à votre initiative monsieur le premier président de la Cour de cassation, du dernier des grands codes napoléoniens, par nos deux Institutions, dont l'une vote les lois et l'autre les applique.

La codification de la législation pénale, sous l'impulsion de Napoléon I^{er}, a permis de fixer les règles de droit pénal en conservant l'essentiel des principes proclamés sous la Révolution : légalité des délits et des peines, non rétroactivité des lois, égalité devant la loi, proportionnalité des peines à la gravité des infractions. Principes fondateurs et pérennes que notre époque a vu réaffirmés et enrichis par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Mais je ne voudrais pas conclure ce colloque en laissant croire qu'il ne fut qu'un instant de mémoire, alors qu'il a été, comme en ont témoigné les débats de cette seconde journée, un temps de réflexion, riche du regard croisé de sénateurs, de magistrats, d'avocats, d'universitaires, sur les questions pénales contemporaines et le sens de la peine. Ce regard croisé était non seulement important mais fondamental, car le droit pénal, reflet d'une société donnée et instrument de régulation sociale, est en constante et indispensable évolution.

Le Sénat, particulièrement attaché à son rôle de protection des droits et libertés et soucieux de la sécurité des Français, se doit d'accompagner et de participer à cette évolution. Les travaux parlementaires illustrent ainsi la volonté des sénateurs d'adapter le code pénal à notre société et aux exigences de notre temps, comme cela a été le cas avec le nouveau code pénal, adopté en juillet 1992 et entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Il y a une constance, une sédimentation positive des travaux de la commission des lois à ce sujet. Ainsi, sous la III^e République, le sénateur René Béranger, qui s'était attaché à prévenir la récidive, fit voter, dans les années 1885-1891, les textes instituant la libération conditionnelle et le sursis à exécution de la peine.

Mais accompagner les évolutions de la société ne veut pas dire céder à la législation d'impulsion. Dans un domaine propice à l'émotion, perçu le plus souvent à travers le prisme déformant des médias, où le sensationnel le dispute à la réflexion de fond, il convenait de pouvoir réfléchir sans passion et au-delà des clivages qui traversent notre société, au sens de la peine au XXI^e siècle, à nos valeurs républicaines et au devenir de notre société.

De même, faut-il également se garder de la tentation d'une « pénalisation » excessive des rapports sociaux. En effet et d'abord, le « tout pénal » et le « trop pénal » portent atteinte aux principes de légalité criminelle. En ce qu'elles sont limitatives de liberté, les incriminations et les sanctions doivent, comme l'affirmaient déjà les philosophes des Lumières et les hommes de la Révolution, strictement respecter un principe de nécessité et de proportionnalité.

Ensuite, le foisonnement législatif et la complexité rendent la loi obscure et de plus en plus malaisée à connaître et à faire respecter. Notre responsabilité, en tant que parlementaire, est de faire en sorte que nos concitoyens comprennent l'acte de justice, alors qu'il leur paraît de plus en plus étranger. Comment ne pas considérer que la loi en est dévaluée ?

Enfin, dans une société à certains égards très individualiste où chacun souhaite traîner son adversaire devant le juge -si possible pénal-, n'est-il pas préférable de recourir, pour le règlement de petits litiges nés d'infractions pénales, à des mécanismes de conciliation, ou de médiation-réparation d'ailleurs encouragés par notre actuel code de procédure pénale ?

Au moment où la société porte une attention toujours plus vive à sa justice pénale, où le justiciable peut désormais poser des questions prioritaires de constitutionnalité, le Sénat s'est voulu, à l'occasion de cette commémoration, passeur d'idée, avec vous, monsieur le premier président, pour ce pan essentiel de notre législation, qui doit en permanence allier le souci de garantir l'ordre public et le souci du respect des libertés fondamentales.

La présence d'un large public, d'élus, de praticiens du droit, d'universitaires et d'étudiants au cours de ces deux journées montre combien ce débat de tous les citoyens est chaque jour plus nécessaire. C'est pourquoi, je vous remercie, monsieur le premier président, de l'avoir suscité.

Je voudrais adresser un dernier remerciement au doyen André Decocq auquel nous devons la très belle exposition que vous avez vue. Permettez-moi d'ailleurs de vous lire deux des citations qu'il a souhaité mettre en exergue de cette exposition. La première est de Louis XVI, le 1^{er} mai 1788, lors de la déclaration relative à l'abolition de la torture : « *La législation de notre royaume sollicite particulièrement notre vigilance. Nos lois criminelles surtout, cette portion si importante de l'ordre public, méritent d'autant plus de fixer notre attention qu'elles intéressent à la fois notre humanité et notre justice* ». La seconde est de Treilhard, l'un des rédacteurs du code pénal, lors de la séance inaugurale du 1^{er} février 1810 des débats du Corps législatif sur le projet de loi relatif au code des délits et des peines : « *Que manque-t-il encore à notre législation ? Un code pénal qui inflige au coupable la peine qu'il a encourue : une peine juste, proportionnée au crime ; car la société doit la justice même à ceux qui se déclarent ses ennemis et la justice exclut également l'excès d'indulgence et l'excès de sévérité* ».

Les chambres hautes, dont le mode électoral n'est pas lié aux pulsions de l'instant, ont une tradition de responsabilité particulière en matière de protection des libertés publiques, des libertés individuelles et des victimes. En tant que président du Sénat mon rôle est d'en assurer la pérennité et la force.