

Revue de science criminelle 1993 p. 433

Nouveau code pénal, avant-propos

Avant-propos

Mireille **Delmas-Marty**, Membre de l'Institut universitaire de France ; Professeur à l'université de Paris 1

Rarement réforme pénale aura paru aussi consensuelle. Adopté à une forte majorité des suffrages exprimés, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, le nouveau code pénal (NCP) n'aura donc pas été soumis au Conseil constitutionnel, pourtant saisi presque systématiquement depuis une quinzaine d'années des principales réformes pénales.

C'est dire que la prudence l'a peu à peu emporté sur l'ambition initiale exposée par Robert Badinter dans sa préface au projet déposé en 1986 (1). En témoignent les choix exprimés dans les quatre lois du 22 juillet 1992, correspondant aux quatre livres du nouveau code, complétés par la loi du 16 décembre 1992. Dans les exposés qui suivent, ces choix seront analysés de près, après un rappel historique, afin de proposer au lecteur, plus qu'une simple présentation, déjà une première évaluation critique, soulignant les difficultés techniques, voire les incohérences (en particulier à propos de la loi du 16 déc. 1992), indiquant aussi les questions d'interprétation que certains textes laissent encore ouvertes (malgré le principe d'interprétation stricte désormais inscrit à l'article 111-4).

Cet avant-propos se limitera donc à quelques observations générales pour souligner d'abord cette *prudence du législateur dans ses choix explicites*, puis pour montrer que la fragilité du nouveau code résulte moins de ces choix eux-mêmes que de ceux que le législateur n'a pas voulu, ou pas su faire, critique en négatif qui, dans les interstices du texte, insistera sur ce que l'on pourrait appeler *le poids des silences*.

1. *D'abord la prudence des choix explicites*. Elle se nomme *permanence*, car l'esprit du code pénal de 1810 est pour l'essentiel préservé, mais aussi *continuité*, pour marquer cette lente évolution qui élargit la répression par le jeu d'incriminations nouvelles, liées aux progrès techniques et/ou à l'émergence de droits nouveaux protégés en cas de violation, mais qui marque aussi un éloignement progressif par rapport aux conceptions legalistes de 1810 en reconnaissant au juge des pouvoirs de plus en plus importants quant à la détermination de la peine, dans sa mesure, dans ses modalités d'exécution, puis dans sa nature. Et même *les ruptures*, car il en est quelques-unes, restent prudentes dans la mesure où elles étaient, pour l'essentiel, annoncées de longue date (dès 1938 pour ce qui est de la responsabilité pénale des personnes morales).

La *permanence* est visible dans le choix d'une terminologie qui maintient le couple responsabilité/peine et n'innove guère en ce qui concerne les mineurs, dont le statut continuera à relever d'une « loi particulière » annoncée par l'article 122-8, et les malades mentaux, dont le placement dépendra comme auparavant de l'autorité administrative (seule la « démence » étant remplacée par une définition plus moderne visant le « trouble psychique ou neuropsychique » ayant aboli le discernement ou le contrôle des actes). De leur côté, les anciens faits justificatifs, devenus « causes d'irresponsabilité », sont maintenus et enrichis des acquis d'une jurisprudence qui avait admis la légitime défense des biens et dans certaines conditions l'état de nécessité (sur l'erreur de droit, V. *infra*, 2).

Derrière le choix des mots, l'ambiguïté des fondements du droit pénal reste intacte. Déjà sous-jacente dans le code de 1810, elle n'est pas dissipée en 1992. Certes la culpabilité et la responsabilité demeurent les fondements affichés du code pénal, mais la dangerosité, alors qu'elle implique une tout autre échelle de gravité, n'est pas exclue pour autant comme en

témoignent le maintien de la récidive comme circonstance aggravante ou celui des mesures de sûreté telles l'interdiction de séjour ou l'interdiction du territoire au titre des « peines complémentaires ».

Bien qu'elles relèvent de logiques différentes, parfois incompatibles, la culpabilité et la dangerosité continueront donc à jouer « en contrepoint l'une de l'autre », et à se fournir « un appui mutuel dans la poursuite d'objectifs communs » (2).

Permanence aussi dans la division tripartite des infractions, inscrite comme autrefois en tête du code (art. 111-1), avec les mêmes conséquences quant au régime inchangé de la tentative et de la complicité (art. 121-4 et 121-7) et quant à la distinction de la réclusion et de la détention (criminelles) et de l'emprisonnement (correctionnel). Avec cette double différence que l'emprisonnement de simple police disparaît (effet indirect semble-t-il de la décision du Conseil constitutionnel du 28 nov. 1973) mais que le niveau de l'emprisonnement correctionnel est élevé de 5 à 10 ans, au risque d'entraîner une large correctionnalisation législative.

Permanence surtout en ce qui concerne la légalité à laquelle le nouveau code consacre huit articles qui, pour l'essentiel, développent et explicitent les principes résultant de l'article 4 du code pénal de 1810 : légalité *stricto sensu*, avec l'assouplissement né de la Constitution de 1958 pour ce qui est des contraventions (art. 111-2 et 111-3) ; non-rétroactivité, désormais séparée de la légalité (art. 112-1, al. 1) et complétée de la rétroactivité *in mitius* (art. 112-1, al. 2) et de l'application immédiate des lois de procédure (art. 112-2 à 112-4). S'ajoutent l'interprétation stricte évoquée ci-dessus (art. 111-4) et le principe de contrôle de la légalité des actes administratifs même individuels, ainsi que de leur interprétation (art. 111-5 par lequel le législateur tranche la controverse dans le sens qui avait été indiqué par la Chambre criminelle de la Cour de cassation).

Quant à la partie spéciale du nouveau code (L. II à IV), le plan n'est pas profondément remanié, sauf à inverser l'ordre en commençant par les crimes et délits contre les personnes, puis contre les biens, pour finir par les infractions contre la « chose publique » rebaptisées « crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique », formule qui témoigne d'une conception étrangement étroite de la chose publique, excluant la protection d'intérêts supranationaux, comme par exemple les intérêts financiers ou économiques des Communautés européennes (V. *infra* 2).

Il est vrai que, si bien des infractions s'y retrouvent inchangées, de nombreuses modifications apparaissent aussi dans cette partie spéciale du nouveau code. Elles seront analysées en détail dans les exposés qui suivent mais on fera observer ici qu'elles s'inscrivent, pour la plupart, dans la continuité d'une évolution que le nouveau texte ne fait que consacrer.

La prudence des choix, c'est aussi cette *continuité*, tant dans la partie spéciale que dans la partie générale. Dans la partie spéciale, beaucoup d'innovations avaient déjà été introduites dans des lois particulières (par ex. l'art. 223-8 sur l'expérimentation sans le consentement de l'intéressé, d'abord incriminée par la loi de 1988), parfois par renvoi au droit international (la notion de crime contre l'humanité, déjà introduite par la loi de 1964, reprend les principales définitions de l'ONU, art. 211-1 et 212-1).

Dans d'autres cas, il s'agit soit d'élargir une répression dont la pratique avait révélé les limites - c'est ainsi que l'escroquerie de services vient compléter celle des biens, (art. 313-1) ou que l'abus de confiance s'applique sans contrat préalable (art. 314-1) - ; soit de reconnaître l'autonomie de notions comme la mise en danger d'autrui (art. 223-1) ou le terrorisme, apparu en 1986 comme simple condition d'un régime juridique aggravé et désormais infraction particulière (art. 421-1 et s.).

Soulignons qu'en consacrant ce type d'évolution la partie spéciale du nouveau code marque presque toujours une extension de la répression, quitte à ce que le Parlement pris de repentir tardif supprime, avant même l'entrée en vigueur du NCP, telle disposition fortement controversée (3).

De son côté la partie générale consacre la notion de période de sûreté introduite en 1978 et maintient le caractère obligatoire de celle-ci (art. 132-23), ce qui n'empêche pas le législateur d'afficher aussitôt après (art. 132-24) - ironie de la numérotation - le principe de « personnalisation des peines » qui, d'inspiration quelque peu différente, s'inscrit pourtant lui aussi dans la continuité.

En effet la volonté d'humaniser la répression pénale en adoptant la peine à la personnalité du délinquant n'est pas vraiment nouvelle. Le célèbre ouvrage de Raymond Saleilles sur l'individualisation judiciaire de la peine remonte à 1898 et celui de Marc Ancel sur la défense sociale nouvelle à 1954, tandis que la notion de substitut aux peines d'emprisonnement apparaît en législation en 1975. Il n'est donc pas étonnant, même si le lecteur malicieux peut y voir quelque contradiction interne, qu'au durcissement de la répression s'oppose, dans la même continuité, une extrême diversification des peines, déjà largement réalisée au fil des réformes antérieures, mais rendue plus visible peut-être grâce au transfert des modalités d'exécution de la peine du code de procédure pénale au nouveau code pénal.

Si l'évolution est continue, elle est encore inachevée. D'une part le large éventail des peines principales énumérées dans la partie générale du code (art. 131-3 pour les délits) est très appauvri dans la partie spéciale où prédomine le couple traditionnel amende/emprisonnement. D'autre part, le nouveau texte est très discret sur les moyens d'éviter les risques de disparités qu'entraîne inéluctablement l'accroissement des pouvoirs du juge dans la détermination de la peine<sup>(4)</sup>. Loin de généraliser, comme l'ont fait par des voies différentes des pays comme l'Allemagne, la Belgique ou le Royaume-Uni, l'obligation de motiver le choix de la peine (dans sa mesure et dans sa nature), il a seulement introduit une telle obligation comme une sorte de mesure dissuasive pour inciter le juge à éviter les peines d'emprisonnement ferme (art. 132-19, al. 2). Il faut espérer que la Cour de cassation contrôlera le respect de ce texte qui pourrait devenir alors l'amorce d'une contrepartie aux larges pouvoirs reconnus au juge.

Apparaissent enfin quelques *ruptures*. Ruptures annoncées dont on osera dire qu'elles sont sans surprise, sinon sans risques. L'exemple le plus frappant est celui de la responsabilité pénale des personnes morales, préconisée par tous les projets et avant-projets de réforme depuis la Commission Matter des années trente. Sur les difficultés d'interprétation des nouveaux textes, on renverra à l'exposé sur le livre I, ainsi qu'aux actes du colloque organisé par l'université de Paris I<sup>(5)</sup> pour rappeler seulement que le texte adopté par le Parlement, comme d'ailleurs le projet présenté par le gouvernement, marquent un retrait par rapport aux avant-projets antérieures qui combinaient la responsabilité pénale des personnes morales avec celle du « décideur », donnant ainsi un fondement législatif à une jurisprudence prétorienne. Façon peu glorieuse d'éluder la difficile définition des cas d'attribution de ce type de responsabilité et des conditions d'exonération, notamment en cas de délégation des pouvoirs. Si les débats parlementaires témoignent ouvertement de la volonté d'affaiblir ou même d'exclure la responsabilité du décideur en introduisant celle des personnes morales, le principe inscrit dans le code (art. 121-2, al. 3) est plus ambigu : « La responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Ainsi l'auteur, personne physique, peut voir sa responsabilité retenue aux côtés de la personne morale, mais sans que le texte précise de quel auteur il s'agit. A première vue rien n'exclut que cette disposition soit applicable à la conception jurisprudentielle du décideur responsable en raison de sa faute personnelle, alors même que le comportement matériel a été accompli par un subordonné<sup>(6)</sup>.

Comme un premier silence, d'autant plus pesant qu'il se prolonge jusque dans les travaux préparatoires qui n'expliquent pas pourquoi le gouvernement a finalement renoncé au texte proposé par les divers avant-projets (1976-1978, 1983), de même que les débats sont fort peu explicites quant à l'abandon par l'Assemblée nationale de la disposition qu'elle avait réintroduite sur ce point en première lecture.

2. *Le poids des silences* peut s'apprécier par référence aux exigences qui font la « qualité des lois ». Du discours préliminaire de Portalis accompagnant le projet de Code civil de 1804 à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui utilisera cette formule en 1984<sup>(7)</sup>,

on retrouve le même souci d'accessibilité - « Entre la loi et le peuple pour qui elle est faite, il faut un moyen de communication ; car il est nécessaire que le peuple sache ou puisse savoir que la loi existe et qu'elle existe comme loi » - , de précision - « En matière criminelle... il faut des lois précises et point de jurisprudence » - et de prévisibilité - « Le législateur ne doit point frapper sans avertir ». En écho de Portalis, la Cour de Strasbourg souligne, dans son langage à elle : « Il faut d'abord que la loi soit suffisamment accessible ; le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné ; en second lieu, on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à un citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ».

Si l'on met à part le rôle de la jurisprudence, désormais associée par la Cour européenne à la légalité<sup>(8)</sup>, les conditions de qualité n'ont guère changé. Du moins si l'on s'en tient aux textes eux-mêmes. Car la grande transformation, du droit en général et du droit pénal en particulier, tient sans doute dans un contexte qui s'est extraordinairement ouvert, ce qui rend particulièrement difficile - et peut-être même impossible - la tâche du codificateur, tant il est vrai que l'idée même de code reposait sur une double clôture aujourd'hui remise en cause. Clôture d'un droit qui restait exclusivement national, alors qu'on assiste depuis l'après-guerre à l'apparition de normes supranationales, en particulier européennes ; clôture d'une discipline qui, selon la formule de Portalis, était moins « une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres », alors que cette vocation sanctionnatrice est aujourd'hui partagée avec d'autres disciplines comme le droit civil ou le droit administratif et concurrencée par les procédures de médiation.

En terme de qualité des textes, les conditions de précision et de prévisibilité sont, sinon parfaitement respectées (V. ci-dessous Chassaing, Les trois codes...<sup>(8)</sup> montre que le pourcentage de définitions étroites a diminué et celui des définitions larges augmenté), du moins réaffirmées comme objectifs par le rappel des principes d'interprétation stricte et de non-rétroactivité (V. ci-dessus 1). En revanche le nouveau code témoigne d'un inégal souci de faciliter *l'accès aux textes*, en particulier si l'on considère l'énorme masse des dispositions non incorporées au code pénal dont l'inventaire, entrepris par la Commission de révision du code pénal, semble avoir été abandonné.

Et au-delà de ces silences quant à l'accès aux textes, le plus grave tient sans doute dans *l'oubli du contexte* qui prive de vraie cohérence ce code qui ne paraît tenir compte ni de la construction européenne, ni du développement des sanctions extrapénales.

*L'accès aux textes* n'est à l'évidence pas la préoccupation première d'un code qui d'emblée renonce à la règle que Portalis qualifiait de « constante » selon laquelle « l'ignorance du droit n'excuse pas ». Comme un aveu d'échec, le nouveau code admet l'erreur de droit, au titre des « causes d'irresponsabilité » (art. 122-3 NCP). Certes l'échec est partagé avec beaucoup de pays européens, notamment l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède, la Suisse et plus récemment l'Italie, où c'est un arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 mars 1988 qui impose la reconnaissance de l'erreur de droit en la rattachant au principe de culpabilité<sup>(9)</sup>. S'il est vrai que l'erreur de droit est sans doute un correctif indispensable en l'état actuel de notre droit pénal, il eût fallu l'accompagner, dans la partie générale du code, de formules moins radicales impliquant un rappel des textes, comme par exemple la mise en demeure, ou encore du développement, dans la partie spéciale, de délits d'habitude pour lesquels seul le deuxième acte est punissable, ou d'incriminations en deux temps, le délit étant défini comme le non-respect d'une injonction prononcée sur la base d'une première infraction contraventionnelle.

Mais il ne s'agit là que de correctifs qui, en tout état de cause, ne devraient pas dispenser le législateur d'organiser l'accès aux textes. D'abord l'accès « intellectuel » qui implique seulement une amélioration du travail de rédaction afin de garantir la lisibilité des textes. Également l'accès « matériel » des textes, objectif plus difficile qui imposerait le regroupement de toutes les dispositions pénales existantes dans un ensemble unique.

*L'accès « intellectuel »* paraît assuré, pour l'essentiel, en ce qui concerne les infractions définies par le nouveau code pénal. En revanche aucune mesure n'a été prise pour améliorer la lisibilité des dispositions pénales qui se trouvent en dehors du code pénal et qui, pour la plupart, sont définies par la technique du « renvoi ». Technique redoutable, tant elle facilite le travail du législateur et par là-même augmente le risque d'inflation pénale. En effet la loi pénale ne définit pas directement le comportement qu'elle sanctionne et se contente de renvoyer à un autre textes. Parfois utilisée dans le code (par ex. art. 223-41 ou 421-1 ou, pour le renvoi à des décrets, art. 226-3, 321-7, etc.), cette technique est surtout présente au dehors.

Les difficultés d'accès vont croissant selon la nature du texte de référence. Parfois le renvoi est interne à une loi : ainsi, en matière de liquidation de sociétés, l'article 487 de la loi du 24 juillet 1966 renvoie aux articles 402 à 418 ; de même en matière de déchets, l'article 24 de la loi du 15 juillet 1975 (modifié L. 13 juill. 1992) sur l'élimination des déchets et la récupération des matériaux renvoie à divers articles de la même loi. Dans ces conditions, la définition du comportement punissable demeure accessible, sous réserve cependant des difficultés d'interprétation qui peuvent naître de maladroites dans la rédaction des textes de référence ou de renvois « en cascade » qui ne précisent pas à quel texte il faut s'arrêter dans la définition du délit.

La difficulté de lecture est accrue dans les domaines où le renvoi se fait directement à un texte extérieur à la loi d'incrimination. Le plus souvent, il s'agit des décrets d'application, parfois de simples arrêtés ministériels, étant observé qu'au moment où le législateur détermine la sanction le texte d'application, donc la définition du comportement punissable, n'existe pas encore : procédé dit de la « loi pénale en blanc », qui soumet en définitive l'existence et le contenu de l'incrimination pénale au bon vouloir du pouvoir exécutif, méprisant ainsi ouvertement le principe de la légalité des délits. Les exemples en sont nombreux, notamment en droit de la consommation et de l'environnement, ainsi qu'en droit pénal du travail ; ce dernier ayant également admis la possibilité du renvoi à des accords collectifs (art. L. 153-1 c. trav. issu de la loi du 13 nov. 1982 déclarée conforme au principe constitutionnel de la légalité) (10).

Enfin la connaissance des infractions pénales est réservée à quelques spécialistes lorsque le renvoi incorpore à la définition des dispositions supranationales comme un règlement communautaire (V. par ex. art. 13-1 L. 1er août 1905 sur les fraudes) ou une convention internationale (V. par ex. loi 5 juill. 1983 modifiée par la loi du 18 mai 1990, sur la pollution des mers par rejet d'hydrocarbures qui définit le délit comme le fait de rejeter à la mer des hydrocarbures ou des mélanges d'hydrocarbures sans respecter les dispositions de l'article 3 de la Convention de Londres du 12 mai 1954).

Aux difficultés de lecture s'ajoute encore l'éclatement des supports du droit pénal, qui pose le problème de l'accès « matériel » aux textes.

*L'accès « matériel »* n'est assuré par le nouveau code que pour les dispositions pénales qui pour l'essentiel (à part quelques rares transferts, comme par exemple celui du trafic de stupéfiants passés du code de la santé publique au NCP, ou de certains délits passés de la loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés au NCP) s'y trouvaient déjà. En revanche, la masse des dispositions hors code pénal (grossie de quelques transferts en sens inverse comme celui de la contrefaçon dans le code de la propriété intellectuelle, de la corruption d'employés dans le code du travail, ou des peines de la banqueroute dans la loi de 1985 sur le redressement judiciaire et la liquidation des biens) reste en l'état antérieur d'éclatement entre des textes aussi divers que, par exemple, le code des douanes, le code des débits de boissons, le code général des impôts, le code de la santé publique, le code de la propriété intellectuelle, le code du travail, le code de l'urbanisme, les lois sur les sociétés, civiles et commerciales, sur l'environnement, sur la concurrence, la consommation, etc.

Pourtant des propositions avaient été faites. Chargé de l'inventaire de ces dispositions hors code pénal, un groupe de travail constitué au sein de la Commission de révision du code pénal

avait même élaboré une méthode de travail reposant sur l'envoi d'un questionnaire accompagné d'une note explicative aux bureaux de législation des différents départements ministériels concernés, avec mission de la remplir et de l'adresser au ministère de la Justice dans un certain délai. A la suite d'une circulaire prise par le Premier ministre le 7 juin 1985, « relative à l'élaboration et à la mise en oeuvre des dispositions pénales des législations et réglementations techniques » (11), le travail d'inventaire avait même commencé en 1985-1986 et plusieurs bureaux de législation avaient souligné, malgré le surcroît de travail demandé, l'utilité immédiate de telles investigations mettant à jour complexité, lacunes, incohérences des législations pénales propres à chaque secteur de droit. Suspendu pendant la période dite de la « cohabitation » (1986-1988), le travail de l'inventaire ne semble pas avoir été repris depuis.

Au-delà de l'inventaire, la question du mode d'incorporation au code pénal avait aussi été abordée. Une première formule, envisagée par la Commission entre 1974 et 1981, pouvait consister à retenir pour chacun des domaines concernés, quelques « infractions-clocher » qui auraient été transférées dans le code pénal. C'est la méthode que semble avoir finalement suivie le législateur, mais au coup par coup et de façon très limitative. Or, au vu des premiers résultats de l'inventaire, cette méthode avait été écartée pour différentes raisons : d'abord parce qu'elle aboutit à priver le texte d'origine de dispositions qui participent à sa cohérence d'ensemble, ensuite parce qu'elle implique une sorte de hiérarchie purement formelle entre les incriminations plus « nobles » du code pénal et les autres, moins visibles mais non moins sévèrement punies pour la plupart. Une hiérarchie purement formelle et au demeurant très fragile car le législateur pourrait selon sa fantaisie (c'est ce qu'il vient de faire) modifier à tout moment l'équilibre instauré par le code. D'où l'apparition d'une autre conception, plus ambitieuse, consistant à partir de l'inventaire pour incorporer au NCP tout l'ensemble des dispositions pénales existantes, sous réserve de la nécessaire dépénalisation d'une partie d'entre elles (V. ci-dessous). Les incorporer au code pénal sans pour autant - la nouveauté était là - les retirer de leur ensemble d'origine. Il suffirait pour cela de procéder à un enregistrement informatique avec une double clé d'accès, l'une par le droit pénal, l'autre par la branche du droit concerné (code du travail ou code de l'urbanisme, par ex.) (12).

Dans cette perspective, le groupe de travail avait proposé une classification selon laquelle ces dispositions actuellement hors code étaient réparties en huit livres complémentaires (ce qui portait le NCP à douze livres). Mais la principale difficulté de l'incorporation au code pénal était l'absence de dénomination de ces infractions, pour la plupart définies par des jeux de renvoi extrêmement complexes (V. ci-dessus). Préparant pour l'avenir l'amélioration des techniques d'incrimination, donc aussi de la lisibilité des textes, une méthode de « dénomination informatique des infractions » (DIDI) avait été mise au point à partir d'une liste d'environ 500 mots. Mots dont la combinaison, selon un schéma préétabli, permettait de donner une dénomination à chacune des infractions existantes. Proposée au Garde des Sceaux (13), la méthode aurait facilité non seulement l'unification du langage pénal, mais encore l'accès direct aux textes, accès que l'on pouvait d'ailleurs encore améliorer par la suite à l'aide d'un système-expert permettant à tout justiciable d'interroger la base de données pénales en langage ordinaire (14).

Malgré une relance de l'inventaire par une circulaire du Premier ministre en 1987, puis par la création en 1989 d'un groupe de travail dit « qualité de la loi » composé de membres des deux commissions (celle de révision du code pénal et la Commission Justice pénale et droits de l'homme créée en 1987), enfin lors du discours de présentation du projet de code pénal par le Garde des Sceaux au Sénat (séance du 9 mai 1989), priorité fut donnée au seul travail de toilettage des dispositions déjà codifiées, qui devait aboutir aux lois du 22 juillet et du 16 décembre 1992. Du même coup, c'était non seulement renoncer à faciliter l'accès aux textes hors code pénal, mais encore abandonner dans l'immédiat la proposition du groupe de travail de coordonner l'ensemble des réseaux de sanction et d'adopter des critères explicites de pénalisation/dépénalisation, donc de situer le code pénal dans un contexte d'ensemble.

*L'oubli du contexte* est en effet le plus grave reproche que l'on puisse adresser au nouveau code pénal car il témoigne d'une véritable myopie du législateur, refusant de voir que l'environnement juridique a changé et qu'une codification pour le XXI<sup>e</sup> siècle ne se conçoit pas

sur le modèle du début du XIXe siècle. Un code ne peut plus être bâti comme un monument isolé mais doit être conçu comme élément d'un ensemble élargi à d'autres disciplines sanctionnatrices que le droit pénal et ouvert à d'autres influences que le droit national. Ce qui aurait dû conduire le législateur à tenir compte du développement des sanctions extrapénales et de la construction européenne.

*Les sanctions extrapénales* ont toujours existé mais elles ont pris depuis l'après-guerre une ampleur nouvelle, au point que le Conseil constitutionnel admet maintenant l'extension des garanties de la Déclaration des droits de 1789, au-delà du droit pénal *stricto sensu*, à toute « sanction ayant le caractère d'une punition »<sup>(15)</sup>. De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme applique les garanties du procès équitable dans un domaine élargi par rapport à la lettre du texte de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6) qui paraissait viser seulement le droit civil (« contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ») et pénal (« accusation en matière pénale »)<sup>(16)</sup>. Les sanctions administratives et disciplinaires, comme certaines formes d'arbitrage, se trouvent donc assimilées tantôt à la catégorie pénale, tantôt à la catégorie civile, bénéficiant à ce titre des mêmes garanties. Ainsi se dessinent les grandes lignes d'un droit commun des sanctions qui comprendrait plusieurs cercles concentriques : au centre, la partie la plus dure du droit pénal, formée des peines privatives de liberté, ce qui implique en contrepartie les garanties de procédure et de fond les plus complètes ; puis une zone hétérogène où les sanctions moins graves du droit pénal (peines contraventionnelles ou correctionnelles autres que l'emprisonnement) se trouvent mêlées à d'autres sanctions à caractère répressif, de nature administrative, disciplinaire ou exceptionnellement civile ; enfin une zone plus large comprenant des sanctions à caractère non répressif qui tendent à la réparation et/ ou à la réconciliation, zone où se mêlent aux injonctions de réparer du droit pénal (par ex. l'ajournement avec mise à l'épreuve ou avec injonction proprement dite, ou le sursis avec mise à l'épreuve), des sanctions civiles traditionnelles comme les dommages-intérêts ou l'annulation, des sanctions comme la remise en état des lieux dont la nature (pénale, administrative ou civile) varie avec les textes, ou encore certaines formes d'arbitrage et plus largement de médiation.

S'il est vrai que le code pénal ne pouvait devenir code « sanctionnateur » et accueillir l'ensemble des sanctions, du moins le groupe de travail de l'inventaire (1982-1985), puis celui dit « qualité de la loi » (1988-1990), avaient attiré l'attention du ministère sur l'utilité de définir, par rapport à cet arsenal très riche, des principes directeurs de sélection<sup>(17)</sup>. C'est d'ailleurs la voie suivie dans divers pays européens (notamment l'Allemagne, l'Italie, le Portugal) dont la logique conduit à une réorganisation d'ensemble (en Allemagne les contraventions ont été supprimées au profit d'infractions administratives mais avec des garanties paradoxalement supérieures à celles du régime pénal français des procédures simplifiées en matière de contravention)<sup>(18)</sup>.

Conçus comme une aide à la décision, de tels principes auraient pu figurer en tête du code pénal ou dans une simple circulaire interministérielle. L'objectif n'est pas de limiter les pouvoirs du législateur mais de fournir un instrument de mise en cohérence de l'ensemble du droit des sanctions destiné à éclairer les choix du législateur en définissant des indicateurs de gravité des comportements et d'utilité des sanctions qui permettent de situer la proximité ou l'éloignement par rapport à la catégorie pénale<sup>(19)</sup> ; sans pour autant prétendre se substituer à lui car le législateur doit évidemment garder le pouvoir de décision, y compris le pouvoir d'incriminer en dépit d'indicateurs défavorables, ou de ne pas incriminer en dépit d'indicateurs favorables. Mais à la condition que le choix soit visible, à la fois explicite et délibéré. Et c'est le rôle des indicateurs de donner cette visibilité, indispensable en démocratie.

L'idée fut également suggérée que ces principes directeurs pourraient contribuer à définir une politique pénale européenne<sup>(20)</sup>. Car « l'oubli de contexte » vise aussi *la construction européenne*, pratiquement invisible à la lecture du nouveau code pénal. Outre l'intitulé du livre IV qui remplace maladroitement la « chose publique » par une référence à la nation et à l'Etat, la partie spéciale ne contient aucune référence explicite à l'Europe, alors même qu'elle a été discutée et votée par le Parlement en pleine période des négociations relatives au Traité

de Maastricht. Comme si Parlement et gouvernement avaient quelque difficulté à penser l'Europe dans une perspective juridique et pas seulement politique. C'est ainsi qu'à la différence de pays voisins comme l'Allemagne, l'Italie ou le Portugal, la France n'a pas créé d'incrimination pénale spécifique à la protection des intérêts financiers de la Communauté en particulier en cas de fraudes aux subventions de la Communauté. Certes les infractions douanières sont en principe applicables, mais l'action publique est éteinte par une transaction dans plus de 95 % des affaires ; quant aux infractions de droit commun que sont l'escroquerie ou le faux en écritures, elles sont fort peu utilisées en la matière, de même les fraudes de la loi de 1905, qui ne permettent d'ailleurs pas de réprimer directement les fausses déclarations. Il est significatif que le législateur ait adopté un texte spécifique pour sanctionner « quiconque fournit des informations inexactes afin d'obtenir un paiement de n'importe quelle nature à la charge de l'Etat et des organismes publics » (L. 31 juill. 1968), mais négligé de prévoir l'assimilation du budget communautaire au budget national, malgré le principe d'assimilation qui s'impose aux Etats membres en application de l'article 5 du Traité CEE (21).

Plus largement les commentateurs de la partie générale du projet de réforme (22) avaient fait valoir combien les dispositions relatives à l'application des lois pénales dans l'espace paraissaient négliger les nécessités actuelles du droit international. On se limitera à deux observations. L'une concernant le principe de compétence universelle, limité à la protection des intérêts de la nation (alors que certains pays l'ont élargi à la protection des finances communautaires, V. pour l'Allemagne § 6-8 StGB et § 370, 374 et 378 AO, pour l'Angleterre, le *Criminal Justice Bill* de 1993).

L'autre, quant à la reconnaissance de l'effet négatif de la chose jugée à l'étranger qui devrait conduire à une application plus large de la règle *non bis in idem*, au moins entre pays de la Communauté européenne ou du Conseil de l'Europe (cf. Conv. de Schengen, 1985 et Conv. CPE sur le principe *non bis in idem*, l'une et l'autre ratifiées par la France mais non encore entrées en vigueur).

On peut enfin se demander si la partie générale n'aurait pas dû aborder la question de l'intégration du droit dérivé des traités européens, qu'il s'agisse de l'effet de neutralisation de la norme pénale interne en cas d'incompatibilité avec le droit communautaire, ou de l'effet inverse d'incorporation de la norme communautaire à la norme pénale interne (V. par ex. art. 13-1 préc., L. 1er août 1905 sur les fraudes) (23).

Si dures soient-elles, ces critiques ne disqualifient pas pour autant un code qui se situe dans la bonne moyenne des codes pénaux actuellement en vigueur, en Europe et ailleurs.

Plutôt que de parler d'archaïsme on pourrait suggérer que c'est la capacité d'anticipation qui manque le plus à ce code. Un code trop soucieux de répondre aux attentes immédiates de l'opinion publique, et en somme trop inscrit dans le présent, pour être le véritable acte fondateur du droit pénal à venir.

## ANNEXES

*Principes directeurs proposés par le groupe de travail « qualité de la loi »*

*Critères de gravité (principe de justice)*

<b>Indicateurs</b>	<b>Critères</b>	<b>Degré de proximité</b>
Transgression	Faute intentionnelle	3
	Faute d'imprudence (simple ou délibérée)	2

	Faute matérielle	1
Intérêt protégé	Valeurs à haute protection (absolue ou quasi absolue)	3
	Droits et libertés reconnus sous réserve d'exception ou de restriction nécessaire dans une société démocratique	2
	Règles de discipline de la vie en société	1
Dommage	Atteinte quantitativement forte	3
	Atteinte quantitativement faible	2
	Menace d'atteinte	1

*Critères d'efficacité et d'effectivité et principe d'utilité*

<b>Indicateurs</b>	<b>Critères</b>	<b>Degré de proximité</b>
Efficacité de la sanction pénale existante (bilan)	Absence de sanction pénale	3
	Existence de sanction pénale inefficace	2
	Existence de sanction pénale efficace	1
Efficacité de la sanction extrapénale existante (bilan)	Absence de sanction extrapénale	3
	Existence de sanction extrapénale inefficace	2
	Existence de sanction extrapénale efficace	1
Effectivité de la sanction proposée (étude d'impact)	Moyens de constatation suffisants et moyens de traitement du contentieux suffisants	3
	Moyens de constatation suffisants mais moyens de traitement du contentieux insuffisants	2
	Moyens de constatation insuffisants	1

**Mots clés :**

CODE PENAL \* Nouveau code pénal

- (1) V. *Projet du nouveau code pénal*, Dalloz, 1988.
- (2) Van de Kerchove, in *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Masson, 1981.
- (3) V. la loi de janv. 1993 abrogeant l'article 223-12 qui incriminait l'avortement de la femme sur elle-même et la décision du Conseil constitutionnel (Décis, DC 21 janv. 1993, JO 23 janv. 1993).
- (4) V. *Disparités dans le prononcé des peines. Causes et solutions*, doc. Conseil de l'Europe, vol. XXVI, 1989.
- (5) *Rev. sociétés*, juill. 1993 .
- (6) Sur la relation entre responsabilité pénale de la personne morale et responsabilité du décideur, V. G. Couturier  et G. Viney , in *Rev. sociétés*, préc. 1993.
- (7) Cour EDH, 2 août 1984, arrêt *Malone c/ Royaume-Uni*.
- (8) V. arrêt *Kruslin c/ France*, 24 avr. 1990 : « La loi est le texte en vigueur, tel que les juridictions compétentes l'ont interprété ».
- (9) V. M. Casaroli, Erreur sur la loi pénale et principe de culpabilité après l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, cette *Revue* 1988.873.
- (10) V. Cons. const. 10 nov. 1982, n° 82-145 DC.
- (11) V. les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise, in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989, p. 90 et s.
- (12) Comp. avec le système du « texte-pilote » et du « texte suiveur » adopté par la Commission de codification (V. ci-dessous commentaire V. Dervieux et B. Pesquié .
- (13) Rapport sept. 1986, *Face à l'inflation pénale, une exigence nouvelle, la qualité de la loi*.
- (14) Il faut souligner le rôle que pourrait jouer la base de données Natinf (Nature juridique des infractions), progressivement élargie à environ 8 000 infractions pénales (donc au-delà de son objectif premier de gestion du casier judiciaire), mais non accessible aux justiciables.
- (15) V. not. Cons. const. 17 janv. 1989, 89-248 DC et 28 juill. 1989, 89-261 DC ; également M. **Delmas-Marty** et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative vers un droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 29 et s. En droit comparé, V. *Rév. int. dr. pén.* 1988, n° 1-2.
- (16) V. la matière pénale au sens de la Conv. EDH, cette *Revue* 1987.819 ; également M. **Delmas-Marty**, *D.* 1986. *Chron.* 27, *D.* 1988. *Chron.* 221, *adde* La matière pénale in *L'enseignement des sciences criminelles*, Erès, 1991 ; *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.
- (17) V. M. **Delmas-Marty**, Pour des principes directeurs de législation pénale, cette *Revue*

1985.225 ; également rapport préc. pour le ministre de la Justice, 1986 ; étude préc. sur *Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit de l'entreprise*, 1989 ; et *Les grands systèmes de politique criminelle*, préc. 1992, p. 286 et s.

(18) V. V. Dervieux, cette *Revue* 1992.665.

(19) V. tableaux en annexe, Critères de gravité et principe de justice et Critères d'efficacité et d'effectivité et principe d'utilité.

(20) V. cette *Revue* 1985 préc. Egalement *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Actes du Colloque de Royaumont, Economica, 1993.

(21) V. CJCE 21 sept. 1989, affaire dite du « maïs yougoslave ».

(22) V. R. Koering-Joulin, cette *Revue* 1984.263 ; M. Massé, cette *Revue* 1990.395 .

(23) V. J. Biancarelli, cette *Revue* 1984.225 et 455, M. **Delmas-Marty**, *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. Thémis, 1990, t. 1, p. 295 également B. Bouloc, in *Mélanges Levasseur*, Litec, 1992, p. 103.