

Introduction

Le terme « pénal » est issu du latin « *poena* » qui signifie **peine, punir**. Le droit pénal serait donc le droit de punir autrui.

La punition repose sur l'idée qu'il est **nécessaire d'infliger un mal à une personne en rétribution du mal qu'il a infligé à autrui**. Il existerait donc une forme de punition légitime.

La punition serait légitime en ce qu'elle émanerait de l'État, seul détenteur du pouvoir de punir, mais aussi parce qu'elle serait prévue par le droit.

En se fondant sur ces deux critères, la punition serait juste.

Pour Platon, pour être légitime, la punition doit également être rationnelle.

La punition aurait pour finalité de protéger la société, de conserver la cité.

La punition est un mal nécessaire car elle permet le **salut de l'âme** en la purgeant de ses vices.

Pour **Beccaria** ou **Locke**, le droit pénal est le droit de punir que l'État s'est octroyé.

En punissant, l'État empêche la récidive du coupable et, de façon symbolique, il indique aux autres citoyens que l'imitation de l'agissement criminel commis entraînera une sanction.

Le droit pénal a donc un caractère symbolique, incitatif.

Cette vision utilitariste du droit de punir engendre un droit de punir absolu, c'est-à-dire sans limitation.

Pourtant, le droit de punir doit demeurer **rationnel** en étant limité. Une punition excessive deviendrait illégitime. Ce qui limite le droit de punir de l'État, c'est selon la doctrine, les lois naturelles ou encore le contrat social.

Il n'en demeure pas moins que la punition est parfois ancrée dans l'idée de **vengeance**, il faut infliger un mal au coupable parce que, lui-même, a fait endurer de la souffrance.

De même, certaines théories considèrent que le coupable, en commettant un acte interdit, ne s'est pas comporté en être rationnel, qu'il s'est placé en dehors du contrat social et qu'en conséquence, il ne faut pas l'y réintégrer.

Le droit pénal moderne s'est bâti progressivement (section I). À partir de ses sources (section II), les infractions existantes peuvent être classées selon différents critères (section III).

Section I

Rappel historique

Inspiré par l'une ou l'autre de ces théories, le droit pénal a évolué et évolue encore. Le droit pénal général est actuellement essentiellement régi par les dispositions de la partie générale du nouveau code pénal.

Ses dispositions ne sont pas totalement novatrices et résultent de l'évolution du droit pénal de ses origines jusqu'à la période récente, en passant par le droit de l'ancien régime et le droit révolutionnaire.

§ 1 – Les origines du droit pénal

Les origines du droit pénal se confondent avec celles de la justice.

Ainsi, les recherches historiques font apparaître la **justice du chef de clan**, chef de guerre, politique et religieux. Cette justice ne s'accompagne pas nécessairement d'arbitraire dans la mesure où elle constitue un instrument de domination sur le clan qui doit comprendre et accepter la justice rendue.

Entre deux clans différents, il n'y a pas d'autre justice que celle résultant de la **guerre**. La **vengeance privée** apparaît comme étant un devoir incombant aux proches parents de la victime. La vengeance privée est un gage de maintien de l'ordre social et constitue une manifestation de la solidarité du groupe.

Cette forme de vengeance puise sa justification dans la loi du talion exprimée par le code d'Hammourabi selon lequel « *si quelqu'un a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crevera l'œil. S'il lui a brisé l'os, on lui brisera l'os* » ; avant d'être reprise dans l'Ancien Testament : « *tu donneras vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, meurtrissure pour meurtrissure, plaie pour plaie* ».

Cette loi exprime l'idée d'une juste proportionnalité de la riposte.

Toutefois, les luttes interminables qui en résultaient ont incité les familles à renoncer au droit de vengeance au profit de la cité et ce, notamment en raison de l'influence de la religion chrétienne.

Des limites et des restrictions sont donc apportées à la vengeance. Le vengeur doit avertir les autorités qui vérifient l'existence de son droit. En outre, le pouvoir central interdit progressivement la vengeance exercée sur d'autres que le coupable, c'est l'affirmation du principe de responsabilité pénale personnelle. L'idée de proportionnalité fait également progressivement son apparition.

Les modalités d'exécution de la vengeance sont encadrées, limitées à la fois dans l'espace et dans le temps. Ainsi, la vengeance ne peut s'exercer dans les lieux d'asile, ni durant les périodes de trêves.

Enfin, la **justice publique** se développe. Le passage de la vengeance privée à la justice publique s'explique par la nécessité d'une intervention judiciaire avant toute vengeance, ainsi que par le développement du droit d'accusation généralisant l'intervention des autorités judiciaires.

La sanction revêt alors un caractère social, elle intervient au bénéfice de la société.

§ 2 – Le droit pénal de l'ancien régime

La justice en France au Moyen-Âge a suivi la même évolution. La **justice privée** est prévue par **les lois barbares** jusqu'au XII^e siècle, période à partir de laquelle des magistrats professionnels sont chargés de rendre la justice.

Jusqu'au XVI^e siècle, la violence privée concurrencée et dénoncée disparaît progressivement.

Le XVI^e siècle est la période de renaissance du droit romain. Les divergences résultent de la coutume locale s'étant développée à l'époque féodale et coutumière. Par ailleurs, l'influence du droit canonique sur la responsabilité pénale est également importante.

Selon la **maxime « toutes peines sont arbitraires en ce Royaume »** signifie que les juges pouvaient appliquer la sanction qui était selon eux la plus convenable, parmi celles existantes. En pratique, la **peine de mort** s'accompagnait souvent des pires supplices à un point tel que le juge en prononçant sa sentence demandait parfois à ce que l'accusé soit étranglé avant l'accomplissement de ces supplices.

À l'issue de la période, le droit pénal est en **crise de repères**.

Il existe une forte disparité au sein du royaume que ce soit concernant la responsabilité ou les peines infligées.

Plus encore, le droit pénal est ébranlé par les idées de **Beccaria** développées dans le **Traité des délits et des peines**, en 1764. Il y critique vivement la rigueur des peines et la torture, combat la peine de mort, met l'accent sur l'amendement du coupable et demande une objectivisation du droit pénal.

§ 3 – Le droit pénal révolutionnaire

La **Révolution française** a emporté le droit pénal tel qu'il résultait de l'ancien régime qui faisait une place importante à l'arbitraire des juges et variait selon la coutume applicable pour ce qui est de la détermination des infractions.

La **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 26 août 1789** qui figurait en préambule de la Constitution 3 septembre 1791 était pourvue de dispositions intéressant le droit pénal (articles 7 à 9). **Tout arbitraire était désormais banni**.

Néanmoins, elle n'avait pas d'effet direct en droit positif et n'était qu'une source d'inspiration pour le législateur.

La Constituante a adopté deux lois (loi des 19 et 22 juillet 1791 et des 24 septembre et 6 octobre 1791) s'inspirant des idées de Beccaria.

Cette réglementation prévoyait un système de **peines fixes** censé lutter contre l'arbitraire des juges, supprimait le droit de grâce et instaurait une égalité entre les délinquants.

Le système mis en place a été critiqué par les magistrats, le système de peine fixe ne permettant pas de tenir compte du contexte social, historique et humain de l'infraction.

De ce droit intermédiaire, ne sera conservé qu'un seul de ses apports, à savoir la **division tripartite des infractions**.

Par la suite, une commission a été mise en place par l'empereur Napoléon afin d'instaurer un code pénal. Le **code pénal** a été promulgué en 1810 et est **entré en vigueur le 1^{er} janvier 1811**.

Ce code fait table rase du droit antérieur. Ce code est une œuvre de **synthèse**, de **compromis** entre l'**ancien droit** et le **droit intermédiaire**.

Il entend restaurer l'autorité de l'État. Il est influencé par l'œuvre du philosophe anglais **Bentham**, fondateur de la **théorie de l'utilitarisme** (*Traité de législation civile et pénale*).

Le droit pénal a alors pour but d'intimider.

Ainsi la marque, le carcan et la mutilation du poing sont applicables en cas de parricide. Ce code était exhaustif et contenait tout le droit pénal. Le délinquant y est envisagé de façon abstraite, c'est l'auteur de l'infraction. Pour ce qui est de la détermination de la peine, un minimum et un maximum sont prévus par la loi. Des circonstances aggravantes et atténuantes sont énumérées. Le droit pénal a alors un caractère très répressif et sa tâche est de protéger la société.

§ 4 – De l'ancien code pénal au nouveau code pénal

À la Restauration, les **idées libérales** avaient progressé et ont influencé nombre de réformes tout au long du XIX^e siècle.

Ainsi, la loi 28 avril 1832 supprime les peines les plus inhumaines, à savoir le carcan, la mutilation du poing et la marque. Elle instaure également de nouvelles circonstances atténuantes.

À la fin du XIX^e siècle et au début XX^e siècle, le droit pénal est affecté par le même phénomène que le droit civil, à savoir l'**inflation législative**, mais aussi la prolifération de **normes pénales en dehors du code pénal**.

Ainsi, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse non codifiée prévoit des infractions pénales et un système original de responsabilité.

Ce phénomène s'est ensuite renforcé, notamment à travers l'ordonnance du 2 novembre 1945 concernant les étrangers.

Après la seconde guerre mondiale, les **idées positivistes** se développent. Elles supposent de prendre en compte davantage en compte la personnalité du délinquant.

L'influence de cette doctrine est manifeste concernant les mineurs pour lesquels un corpus de règle spécifique est adopté, à savoir, tout d'abord, la loi du 22 juillet 1912 puis l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

Parmi celles-ci, la **défense sociale nouvelle** a influencé et influence encore de nombreuses réformes. Elle suppose un examen approfondi de la personnalité du délinquant et un accroissement des pouvoirs du juge dans la fixation et dans l'exécution de la peine. De plus, concourent à la détermination de la peine un ensemble d'intervenants qu'il s'agisse de psychologues ou de travailleurs sociaux.

La période allant des années 1970 aux années 1990 est marquée par la **multiplication de réformes s'inspirant de théories diverses**.

La **nécessité d'adopter un nouveau code pénal** pour intégrer les dispositions du code pénal situées en dehors, pour uniformiser les dispositions existantes, mais également moderniser la matière était donc frappante.

L'idée est ancienne. Le projet a été repris et discuté en 1989. Pour résoudre les divergences entre le Sénat et l'Assemblée nationale, une commission mixte paritaire a été réunie.

Enfin, **le 22 juillet 1992, les quatre lois formant le nouveau code pénal ont été adoptées**, mais elles n'ont pas été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Ce nouveau code comprend une partie législative, qui contient les dispositions générales et les textes concernant les différents crimes et délits, et une partie réglementaire contenant les différentes contraventions.

Finalement, il ne contient que les infractions relatives à la bioéthique et aux animaux. De la sorte, il existe toujours de **nombreuses infractions pénales hors du code pénal**.

Afin d'éviter, un vieillissement prématuré du code lors de réformes successives du code pénal, il a été décidé de retenir une **numérotation décimale**, le premier numéro correspond au livre du code pénal, le deuxième au titre et le troisième au chapitre; enfin, il est placé un tiret puis le numéro de l'article dans ce chapitre.

Ses **innovations** sont **limitées** en raison de son caractère consensuel.

L'innovation essentielle est l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales. Par ailleurs, le code supprime la prévision des peines minimales et, par voie de conséquence, l'énoncé de circonstances atténuantes.

Cependant, le plus souvent, le nouveau code pénal légalise la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

§ 5 – L'évolution législative depuis le nouveau code pénal

Alors que le nouveau code pénal est relativement récent, une partie de la doctrine réclame déjà une refonte de celui-ci. En effet, l'adoption d'un nouveau code pénal n'a pas conduit le législateur à marquer une pause dans le mouvement de réforme de la matière. Plus encore, les lois pénales se multiplient. Quelques exemples particulièrement significatifs peuvent être relevés.

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 actes incestueux** contient plusieurs dispositions pénales novatrices. Parmi celles-ci figure la définition de la contrainte figurant à l'article 222-22-1 du code pénal.

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** crée l'incrimination de participation à une bande violente comme le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens (article 222-14-2 du code pénal).

La **loi 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 contient plusieurs innovations en droit pénal parmi lesquelles la consécration des violences psychologiques dans le code pénal (article 222-14-3).

La **loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale** instaure un nouveau cas de compétence universelle concernant les infractions relevant de la compétence de la Cour pénale internationale (article 689-10 du code de procédure pénale).

La **loi n° 2011-267 du 14 mars 2011** d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure crée le délit d'usurpation d'identité (article 226-4-1 du code pénal).

La **loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines** instaure un article 133-16-1 du code pénal nouveau modifiant certaines règles relatives à la réhabilitation.

La **loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel** définit de façon plus précise le harcèlement sexuel.

La **loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme** crée de nouvelles infractions et un nouveau cas de compétence des juridictions françaises en matière de terrorisme.

La **loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France** étend le champ de la compétence alternative à l'extradition (article 113-8-1 CP) et crée un cas de complicité spéciale (article 221-13 CP).

La **loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière** étend le champ de la répression d'infractions en droit pénal des affaires

La **loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales** crée la contrainte pénale et abolit les peines-plancher.

Et l'on annonce une nouvelle réforme en 2015 concernant le renseignement et le terrorisme.

§ 6 – La lutte contre la dangerosité

La période actuelle est particulièrement marquée par la volonté du législateur de **lutter contre la dangerosité**.

A – La notion de dangerosité

La notion de **dangerosité** a fait son apparition dans le code pénal à l'occasion de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales. En effet, elle est l'une des conditions du placement sous surveillance judiciaire et sous surveillance électronique mobile de la personne libérée après l'exécution d'une peine d'emprisonnement (articles 723-31 et 763-10 CPP).

Toutefois, la notion est délicate à cerner. Une approche procédurale peut être formulée. Ainsi, la dangerosité serait le risque pour la personne condamnée de commettre une nouvelle infraction après sa libération.

Lors de travaux préparatoires à la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, la notion a été précisée. Ainsi, la dangerosité ne se confondrait pas avec la maladie mentale. Ainsi, les malades mentaux représenteraient, selon les pays, entre un criminel sur vingt et un criminel sur quarante. Plus encore, le rapport n° 174 déposé le 23 janvier 2008 par le sénateur Lecerf indique que le risque de passage du malade mental à l'acte violent est surdéterminé par l'âge (adolescents et adultes jeunes), le sexe (masculin), le statut socio-économique (surreprésentation de la pauvreté, du chômage et de la marginalisation), l'abus d'alcool et de drogues et les antécédents de violence précoce.

L'ensemble des auditions pratiquées a permis de poser une distinction entre « *dangerosité psychiatrique* », à savoir la « *manifestation symptomatique liée à l'expression directe de la maladie mentale* » et la « *dangerosité criminologique* » qui est l'« *ensemble des facteurs environnementaux et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à l'acte* » (Définitions extraites des recommandations de la commission d'audition sur l'expertise psychiatrique pénale, Fédération française de psychiatrie, janvier 2007).

Tout malade mental n'est donc pas nécessairement une personne dangereuse. De même, toute personne dangereuse n'est pas atteinte de troubles mentaux.

En outre, **l'état de dangerosité ne constitue pas nécessairement un état permanent** mais peut fluctuer en fonction de l'environnement de l'individu.

Si la dangerosité est appréciée à travers la récidive, il convient de relever que les auteurs d'infractions sexuelles récidivent plutôt moins que les autres délinquants (P.-V. Tournier, approche de démographie pénale, Université Paris 1, novembre 2007). Toutefois, si la récidive des infractions sexuelles reste limitée, elle concerne cependant des actes particulièrement graves.

Les troubles de la personnalité les plus graves constituent un facteur de dangerosité. À ce titre, il faut distinguer les **maladies mentales**, à l'instar des psychoses schizophréniques ou des troubles affectifs, des **troubles de la personnalité**. Le trouble de la personnalité communément appelé psychopathie se caractérise principalement par trois types de défaillance : défaillance narcissique (qui renvoie à la notion d'état limite), défaut de maîtrise comportementale et défaillance du contrôle émotionnel.

La psychopathie regroupe des hypothèses diverses caractérisées par la doctrine criminologique, comme les pervers dont la personnalité se caractérise par une « *anomalie fondamentale de l'affectivité* » (R. Gassin, Criminologie, Dalloz, 6^e édition), comme les tueurs en série. Pour ceux-ci, c'est davantage la jouissance attachée à la domination de leurs victimes qui prime sur la satisfaction sexuelle attachée à la commission de l'infraction.

B – L'appréciation de la dangerosité

En France, l'évaluation de la dangerosité criminologique repose donc encore sur la seule expertise psychiatrique laquelle se fonde principalement sur une appréciation clinique et ignore largement les outils d'analyse statistique.

Or, deux méthodes permettent un **pronostic de dangerosité** :

– une méthode clinique fondée sur des entretiens avec la personne et/ou son observation dans le cadre d'une expertise ;

– une méthode statistique ou actuarielle basée sur des tables de pronostic de la récidive. Ces tables procèdent d'un repérage des différences existant entre un groupe de délinquants chroniques et un groupe de non délinquants ou entre un groupe de délinquants chroniques et un groupe de délinquants d'occasion. Des échelles de risque peuvent être ainsi élaborées comportant les facteurs criminogènes constatés.

Quoiqu'il en soit, l'appréciation de la dangerosité résulte rarement, voire jamais, d'une observation prolongée de la personne

C – Dangerosité et détention

Ces mêmes travaux préparatoires indiquent qu'un **comportement violent en détention** n'est pas nécessairement caractéristique d'un risque de récidive, mais traduit plutôt une incapacité d'adaptation à la discipline et aux règles pénitentiaires. Inversement, un comportement exemplaire en détention ne garantit pas une absence de dangerosité en milieu libre.

La détention est susceptible de concerner des malades mentaux, puisque la maladie mentale n'est pas nécessairement une cause d'irresponsabilité pénale. Ainsi, un nombre important de personnes incarcérées souffrent de troubles psychiatriques. Selon une étude épidémiologique sur la **santé mentale** des détenus conduite sous l'égide du ministère de la santé et du ministère de la justice et rendue publique en 2006 (Projection sur la population carcérale masculine de France métropolitaine des résultats d'une enquête réalisée sur 1 000 détenus interrogés entre juillet 2003 et septembre 2004 dans 23 établissements pénitentiaires français), 21,4 % des détenus souffriraient de troubles psychotiques, parmi lesquels 7,8 % de schizophrénie, soit 4 à 10 fois plus qu'au sein de la population générale.

Or, le système pénitentiaire est inadapté pour les malades mentaux. Ainsi, le traitement de la maladie ne saurait être l'objectif premier de la détention. De plus, la durée de l'emprisonnement n'est pas nécessairement en phase avec l'évolution de la maladie mentale.

Face à la **dangerosité**, la première réponse réside d'abord dans la longueur des peines prononcées et ensuite dans les dispositifs de contrôle applicables au condamné à l'issue de la libération.

L'échelle des peines criminelles prévue par le code pénal autorise les juges à prononcer des peines très longues à l'encontre des individus les plus dangereux.

Selon les statistiques du Conseil de l'Europe, au 1^{er} septembre 2005, la part des détenus condamnés pour une peine égale ou supérieure à dix ans (hors perpétuité) est plus élevée en France (21,5 %) que dans la plupart des autres pays de l'Union européenne (1,6 % en Allemagne, 19,8 % en Italie, 4,9 % aux Pays-Bas, 7,6 % en Espagne ; 7,6 % en Angleterre et Pays de Galles).

D – Les modalités de traitement de la dangerosité

Deux dispositions, aujourd'hui disparues, permettait de lutter contre la dangerosité.

La **relégation**, instituée par la loi du 27 mai 1885, était initialement une peine complémentaire obligatoire pour les multirécidivistes consistant dans l'internement perpétuel réalisé par la transportation en Guyane ou en Nouvelle Calédonie. Elle disparaît du droit positif par la loi n° 70-643 du 17 juin 1970. La relégation a été remplacée par la **tutelle pénale** qui ne pouvait excéder