

Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992

In: Genèses, 27, 1997. pp. 5-29.

Résumé

■ Pierre Lascoumes, Anne Depaigne: Catégoriser l'ordre public: la réforme du code pénal français de 1992 Un nouveau code pénal a été adopté en France en 1992 après vingt ans de travaux. Les lois qui le composent instituent symboliquement et matériellement les : catégories à partir desquelles s'organise le pouvoir légitime de punir. Les auteurs rappellent l'évolution des principes de catégorisation utilisés dans les codes pénaux, puis analysent le nouveau code en fonction des classes, types et rationalités organisant les intérêts qu'il protège. Les résultats montrent que le nouvel ordre public a perdu de sa dimension politique et qu'il est dominé par la volonté de protection de la personne.

Abstract

Categorising Law and Order: the 1992 criminal code reform in France After twenty years of preparation, a new criminal code was adopted in France in 1992. It is made up of laws that institute symbolic and material categories on the basis of which the legitimate power to punish is organized. First, the authors retrace the evolution of the categorising principles used in criminal codes. Then, they analyse the new code in terms of the classes, types and rationales governing the interests protected by it. The results show that law and order in the new code has lost its political dimension and is now dominated by the will to protect the individual. .

Citer ce document / Cite this document :

Lascoumes Pierre, Depaigne Anne. Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992. In: Genèses, 27, 1997. pp. 5-29.

doi : 10.3406/genes.1997.1445

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/genes_1155-3219_1997_num_27_1_1445

CATÉGORISER

L'ORDRE PUBLIC:

LA RÉFORME

DU CODE PÉNAL

FRANÇAIS DE 1992

**Pierre Lascoumes,
Anne Depaigne**

La réforme du code pénal français intervenue en 1992 s'est faite à bas bruit, comme si l'enjeu fondamental n'avait pas été une redistribution des catégories de l'ordre public¹. Les débats politiques pas plus que la mobilisation de groupes sociaux et professionnels n'ont été très percutants. Ce chantier public fondamental est ainsi resté confiné pour l'essentiel dans les argumentaires techniques de professionnels du droit malgré quelques tentatives d'ouverture entre 1981 et 1986. Pourtant, la production de ces textes est révélatrice de la façon dont une société pense son ordre, ses désordres et leur sanction. Ces lois instituent symboliquement et matériellement les catégories à partir desquelles s'organise le pouvoir légitime de punir². C'est pourquoi elles ont un caractère profondément politique au sens où elles sont un des principaux institutants de la « chose publique », dans sa double dimension d'énoncé symbolique des valeurs et intérêts qui la fondent et d'instrument d'application de la violence légitime.

Le premier code pénal avait été une des dernières productions de la Constituante. Il avait été conçu comme le verso du « catéchisme révolutionnaire »³, le recto étant formé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Constitution de 1791. Cet ensemble de textes avait eu, en grande partie, les mêmes rédacteurs⁴. Ce premier code pénal avait été réformé une première fois en 1810. Nous avons montré que malgré le grand projet politique « d'en finir avec la Révolution », ce texte avait plus amplifié et précisé celui de 1791 qu'il ne l'avait

1. Quatre lois « portant réforme du code pénal » ont été promulguées le 22 juillet 1992, suivies d'une loi d'adaptation le 16 décembre 1992 et d'un décret réformant les contraventions le 30 mars 1993.

2. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989. Le premier code est adopté le 6 octobre 1791.

3. Expression empruntée à Albert Soboul, *La Révolution française*, Paris, Gallimard, 1984, pp. 183-201.

4. Le comité de législation criminelle créé le 15 septembre 1789 a été très proche du Comité de Constitution. Sur les douze membres du premier dans ses diverses formations, sept firent aussi partie du second. Roberto Martucci a parlé d'un « parti de la réforme criminelle » sous la Constituante regroupant pour l'essentiel des « robins » d'Ancien Régime : « Le parti de la réforme criminelle », *Actes du colloque d'Orléans*, Paris, PUF, 1988, t. I, pp. 229-239. Également, Pierre Lascoumes et alii, *Au nom de l'ordre...*, op. cit., pp. 97-102.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

réellement transformé. En particulier le code napoléonien se situe dans une parfaite continuité avec les grandes catégories de l'ordre public posées au moment de la Révolution. Depuis, malgré quelques tentatives, aucun projet de réforme d'ensemble n'avait abouti⁵. Finalement, deux siècles plus tard, la société française ne disposait pour penser l'ordre public que d'un ensemble de catégories anciennes qui n'avaient jamais été remises à plat dans leur totalité, malgré les multiples modifications ponctuelles que le texte initial avait connues et qui en avaient déséquilibré les structures. Il semblait logique de considérer ce texte comme «un instrument juridique obsolète» et de rechercher une nouvelle formulation d'ensemble⁶.

L'entreprise de réforme est lancée en 1966 par le Garde des Sceaux Jean Foyer sous forme de premiers groupes de travail thématiques. Une commission de réforme n'est créée qu'en 1974 et il faudra au total vingt ans de travail pour que le nouveau code adopté en 1992 entre finalement en vigueur le 1^{er} mars 1994. Cet article repose principalement sur l'analyse du travail de catégorisation effectué par les commissions successives pour repenser la matière pénale codifiée, c'est à dire tracer ses limites (qu'est-ce qui mérite codification et qu'est-ce qui peut rester en dehors?), organiser les grands registres d'atteintes fondamentales au bien commun (l'organisation du plan général du code a été un enjeu très important), enfin, ordonner et hiérarchiser les différentes infractions retenues à l'intérieur de la matrice générale (sélection et pondération des différents intérêts juridiques protégés)⁷. Le travail de codification, au sens législatif du terme, repose donc sur une série d'activités de construction de classes d'équivalence et de hiérarchisation de celles-ci, en particulier à travers les sanctions juridiques. Nous voulons ici mettre en évidence les différents niveaux et formes de «catégorisation» qui sont à l'œuvre dans un tel processus. Dans une étape préalable, nous définirons la notion de catégorie en droit pour mettre en valeur ses différentes acceptions. Puis dans une première partie nous nous doterons d'un cadre méthodologique en empruntant à d'autres disciplines des références pertinentes permettant de différencier et de valider les niveaux et formes de catégorisation que nous voulons analyser. La deuxième partie est consacrée à l'évolution des catégorisations utilisées dans les codes pénaux. La troisième partie applique au nouveau code pénal notre modèle d'analyse basé sur les intérêts protégés en droit.

5. Les principales réformes sont intervenues à l'occasion des lois du 25 juin 1824, 28 avril 1832, 18 avril 1863. Deux projets de réforme d'ensemble sont également élaborés sans aboutir, l'un préparé entre 1887 et 1894 (rapport Bomboy), l'autre entre 1930 et 1934 (rapport Matter) déposé sous forme de projet de loi le 17 juin 1938. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Les Grandes Phases d'incrimination, 1815-1940*, Paris, GAPP-Paris X, Ministère de la justice, 1992.

6. Robert Badinter, Introduction au *Projet de nouveau code pénal*, Paris, Dalloz, 1988; Mireille Delmas Marty, «Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain», Paris, *Recueil Dalloz*, 1986.

7. Outre les versions successives des textes du code, nos données sont constituées par les archives des 508 séances de commission (1973-1990) conservées au Ministère de la Justice. Dans un second temps, des entretiens effectués avec des membres de la commission dans ses diverses formations et les responsables successifs de son secrétariat nous ont permis de mieux reconstituer la dynamique de certaines opérations dont les archives n'expriment que le résultat final.

Tout système juridique repose sur un ensemble de catégories hiérarchisées qui constituent ses unités fonctionnelles⁸. Une très grande majorité de la doctrine juridique, des auteurs classiques aux plus novateurs, s'accorde pour considérer le droit comme une construction arbitraire formalisant et ordonnant des données sociales selon des règles internes qui lui sont propres. J. Bentham fut le premier à fonder les principes de sa législation rationnelle sur des fictions, « fictitious entity »⁹. Cela le conduisit à développer une doctrine de la langue juridique, basée sur des « fictions logiques », et des « êtres fictifs » qui permettent une médiation entre sujets de droit. Il conceptualise le domaine juridique comme une « toile d'araignée » mettant en rapport des entités abstraites¹⁰. La mise en forme juridique lui apparaît pour cela beaucoup plus complexe que les classifications opérées par les sciences naturelles qui peuvent s'appuyer sur les caractéristiques concrètes des unités qu'elles traitent. La théorie allemande contemporaine inspirée de N. Luhmann reprend une conceptualisation très proche, même lorsqu'elle cherche à rendre compte des transformations les plus récentes de la rationalité juridique. Ainsi G. Teubner considère que le droit repose sur des « modèles internes de réalité » qui servent de fondement cognitif à la compréhension et à la régulation juridique : « Dans la perspective de la solution juridique des conflits, le droit se crée littéralement un monde en isolant des modèles hautement sélectifs de la réalité »¹¹. Chaque système juridique apparaît ainsi basé sur des processus de catégorisation qui assurent une double fonction cognitive et normative. Le codage et les classifications qu'ils opèrent constituent un moyen de connaissance particulier du réel. De plus, par la combinaison de catégories au sein d'un même système de signification (un système de droit), ces opérations permettent une régulation des rapports sociaux et participent aux règlements des conflits et des litiges.

Différents travaux sociologiques contemporains se sont attachés à la mise en évidence de l'efficace sociale spécifique des opérations de déréalisation que constitue la mise en forme juridique¹². De leur côté, les travaux d'anthropologie du droit ont également montré à quel point ces catégories remplissent des fonctions sociales plus larges en informant les représentations et les pratiques : « Le droit est un processus, sans cesse renouvelé,

8. « Catégorie », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 58-60 ; Georges Wicker, *Les Fictions juridiques*, Paris, LGDJ, 1997.

9. Expression qu'il déclare avoir reprise de d'Alembert. Christian Laval, *Jeremy Bentham, Le pouvoir des fictions*, Paris, PUF, 1994, pp. 51 et suiv. ; *Bentham's Theory of Fiction*, C. K Ogden (ed.), London, 1932 ; Enrique Mari, « Jeremy Bentham : du « souffle pestilentiel de la fiction » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », in Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (éds.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 353-390.

10. « Pouvoir, droit, interdiction, devoir, obligation, charge, immunité, privilège, propriété, sécurité, liberté, toutes celles-ci et une multitude d'autres que l'on pourrait citer sont autant d'entités fictives dont on considère, dans le langage courant, que le droit, à une occasion ou à une autre, les crée ou en dispose » (Jeremy Bentham, *Of Laws in general*, London, Herbert Lionel Adolphus Hart, (ed.), The Athlone press, 1970, p. 251).

11. « Les modèles du contrat, de l'association, de l'entreprise ou de la relation entre l'État et la société relèvent de ces constructions spécifiquement juridiques de la réalité qui s'écartent considérablement de notre compréhension quotidienne, mais également des constructions scientifiques théoriques » (Gunther Teubner, *Droit et Réflexivité*, Paris, Bruylant-LGDJ, 1994, pp. 47-50).

12. Pierre Bourdieu, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, 1986, pp. 3-19 ; Pierre Lascombes, « La formalisation juridique du risque industriel », *Sociologie du travail*, n 3, 1989, pp. 315-334 ; « Classer-Coder », numéro spécial, *Droit et Société*, 25, 1993 ; Jacques Commaille, *L'Esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, pp. 210-246.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

de classification du réel»¹³. C'est pourquoi une réflexion qui s'appuie sur les processus de catégorisation en droit peut permettre d'articuler les analyses interne et externe des dispositifs juridiques en montrant les diverses fonctions de ces catégories très au-delà du seul espace judiciaire. Les catégorisations juridiques participent activement à la «construction sociale de la réalité» telle que la définissent P. Berger et T. Luckmann en offrant par leur légitimité spécifique ce qu'ils nomment une «objectivation de signification du second degré»¹⁴. Elles fournissent un répertoire de modèles abstraits permettant de nommer la plupart des situations sociales, d'ordonner des identités (celles de personnes mais aussi de biens), de formuler des prétentions et de réguler des conflits, préventivement dans les interactions directes ou curativement par l'intervention d'un tiers (juge, médiateur, arbitre).

Les auteurs de l'avant-projet de code pénal réalisé en 1978 étaient parfaitement en accord avec cette approche du droit lorsqu'ils écrivaient dans leur introduction: «Le code pénal apparaît comme une construction juridique où dominant des concepts; le criminel est un être abstrait imaginé par la raison et non pas un être réel obéissant à des mobiles variables; l'infraction n'est pas l'œuvre d'un délinquant manifestant son tempérament criminel, mais une pure entité...»¹⁵. Par ce travail nous proposons de pousser un peu plus loin la réflexion en essayant de différencier les formes et les niveaux de catégorisations juridiques qui sont à l'œuvre dans les entreprises de codification édifiant un nouveau corpus raisonné de dispositions. Celui-ci constitue ce que M. Foucault appelait «une table d'opération» organisant un «champ nouveau de visibilité»¹⁶. Malgré l'intérêt que certains sociologues du droit ont porté aux activités de «mise en catégories», la lecture des travaux montre que les notions de «catégorie», «classe», «code», «type» sont encore souvent utilisées de façon synonyme. Pourtant, lorsqu'on raisonne en termes d'activités de production de signification, il apparaît nécessaire de distinguer des niveaux de sens et des différences de forme dans l'élaboration et la justification de ces diverses unités. Afin de progresser dans ce travail de compréhension des activités classificatoires, il est nécessaire de faire un détour par d'autres travaux de sciences sociales afin de doter notre démarche de «catégories méthodologiques» plus précises.

13. Louis Assier-Andrieu, *Le Peuple et la Loi*, Paris, LGDJ, 1987, p. 27.

14. «La fonction de la légitimation est de rendre objectivement disponibles et subjectivement plausibles les objectivations de premier ordre qui ont été institutionnalisées», Peter Berger et Thomas Luckmann, *La Construction sociale de la réalité*, Paris, Meridiens Klincksieck, 1986, pp. 127 et suiv.

15. Commission de révision du code pénal, *Avant-projet définitif de code pénal*, Paris, La Documentation Française, 1978, p. 1.

16. Michel Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 9: «j'emploie ce mot "table" dans deux sens superposés: table nickelée, caoutchouteuse, enveloppée de blancheurs [...] où pour un instant, pour toujours peut-être, le parapluie rencontre la machine à coudre; et, tableau, qui permet à la pensée d'opérer sur les êtres une mise en ordre, un partage en classes, un groupement nominal par quoi sont désignées leurs similitudes et leurs différences...»

Un modèle statistique: l'arbre des intérêts protégés

Utilisé par de multiples disciplines, le terme de «catégorie» est susceptible de recevoir des définitions très diverses. L'ambiguïté du terme et de ses usages apparaît notamment lorsque sont confrontées la définition la plus communément admise du mot et la signification qu'il prend en philosophie. En effet, les termes «catégoriser» et «catégorie» désignent le plus souvent des opérations taxinomiques, c'est-à-dire des activités cognitives et sociales qui, introduisant des divisions et des équivalences au sein d'un domaine, visent à y créer un système de classification. Cependant, dans le langage philosophique, le terme de catégorie désigne des «concepts de vaste compréhension sous lesquels on range les idées et les faits»¹⁷ qui forment les cadres les plus larges de la pensée conceptuelle. Or, les catégories seront, au cours de cet article, évoquées dans leur double signification. Nous utiliserons donc, par convention, les termes «catégorisation» et «catégoriser» lorsque sera abordée plus précisément l'activité taxinomique, l'expression «catégorie» étant réservée à la désignation d'un principe d'unification conceptuelle.

Afin de mieux rendre compte des fondements du pouvoir de punir et de ses mutations tels qu'ils apparaissent dans les codes pénaux, nous avons été amenés à forger une modélisation statistique qui opère une véritable reconstruction de ces textes. Les catégorisations utilisées ne se confondent pas entièrement avec les divisions adoptées par les codificateurs, ni même avec les classifications juridiques en général. Le modèle que nous avons élaboré n'a pas la prétention d'être le reflet fidèle de la réalité. Certains aspects des catégorisations choisies possèdent un caractère conventionnel. Par ailleurs, le classement n'a pas toujours revêtu un caractère d'évidence. Les catégories forment un continuum et leur frontières ne sont pas rigides: un certain nombre de cas se situent aux confins de deux classes d'équivalence et leur affectation à l'une ou l'autre peut être discutée. L'aspect conventionnel des classes d'équivalence et les incertitudes du codage ne doivent pas pour autant conduire à dénier toute validité au modèle ainsi créé. En effet, comme le montre Alain Desrosières, il existe une position qui permet d'échapper à l'alternative entre la position *réaliste* qui entend faire des classifications ou des modèles le reflet exact de la réalité et celle, *relativiste*, qui ne leur accorde aucune consis-

17. Paul Foulquié, Raymond Saint-Jean, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 1962, p. 83.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

18. Alain Desrosières, *La Politique des grands nombres, histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, coll. Textes à l'appui, 1993, p. 367.

19. La statistique judiciaire raisonne, elle, à partir de l'unité article (base NATINF) (nature d'infraction). Or dans le code pénal rares sont les articles aussi simples que le 221-1 qui sanctionne un comportement précis par une peine : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ». Souvent, un article sanctionne des comportements différents de peines similaires, ou différentes selon la gravité qui leur est attribuée : article 221-6 (alinéa 1) « Le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité [...] la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende », (alinéa 2) « En cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende ». Cet article comporte deux incriminations autonomes, les cas d'homicides involontaires simples et les cas d'homicides involontaires aggravés.

20. Par exemple l'article 313-6 sanctionne les atteintes à la liberté des enchères selon trois modalités qui relèvent de logiques différentes : écarter un enchérisseur (logique économique), entraver les enchères par violence (logique de protection des personnes), organiser des enchères sans officiers ministériels (logique de discipline professionnelle).

21. Par exemple, l'article 222-37 sanctionne de la même peine six comportements distincts : le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition et l'emploi illicites de stupéfiants.

tance. Il s'agit d'une position *instrumentaliste*, envisageant les modélisations comme des outils qui tirent leur validité de ce statut. Ainsi, les constructions statistiques acquièrent une validité non parce qu'elles décrivent objectivement un ensemble de données, mais parce qu'elles s'avèrent capables, par le biais du travail de réduction des singularités, de créer des formes nouvelles susceptibles d'être utilisées dans d'autres mondes : « Le modèle est bon pour autant qu'il fait tenir ensemble des choses de façon stable »¹⁸. De la même façon, notre modèle est avant tout un outil, et un outil statistique. En tant que tel, sa pertinence réside essentiellement dans sa capacité à opérer des passages entre différentes constructions. Il s'agit ici d'édifier un « espace de commune mesure » (Alain Desrosières) entre, d'une part, plusieurs codes ou textes pénaux et, d'autre part, des textes de nature juridique et des constructions intellectuelles relevant des sciences sociales. Le travail statistique permet de comparer, notamment l'ancien et le nouveau code pénal, et de traduire ceux-ci en de nouveaux termes, y portant ainsi un éclairage détaché d'une logique strictement juridique.

Afin d'opérer cette comparaison et cette traduction, nous avons construit un outil d'analyse spécifique qui ne repose pas sur les unités de base des codes que constituent leurs articles. En effet, notre perspective étant d'analyser les dimensions de l'ordre public à partir des intérêts et des valeurs protégés par le code pénal, les articles ne pouvaient constituer l'élément d'analyse initial¹⁹. Ceux-ci sont en effet marqués d'une double hétérogénéité. D'une part, un même article peut assurer la défense de plusieurs intérêts protégés distincts dans la mesure où il s'agit de textes plus ou moins développés et comportant parfois plusieurs infractions²⁰. D'autre part, un article peut organiser la défense d'un même intérêt de façon plus ou moins diversifiée²¹, c'est-à-dire en sanctionnant un ou plusieurs comportements voisins. Nous avons donc préféré raisonner en termes d'incrimination, qui désigne un comportement autonome sanctionné par une peine. L'incrimination peut apparaître comme l'atome, le plus petit élément, insécable et homogène, du pouvoir de punir. Dans la perspective de notre recherche, ce niveau d'analyse est plus fin et plus homogène que celui de l'article car il permet de spécifier, disposition par disposition, l'intérêt protégé. C'est pourquoi il a pu devenir l'unité de base d'un modèle qui tente de rendre compte

des fondements de l'ordre public. Ce codage par incrimination a permis de produire une représentation statistique du code pénal capable de servir d'appui à l'analyse sociologique. Il rend également possible une mise en équivalence avec d'autres textes (code ancien, projets de réforme) codés selon les mêmes principes.

Notre modèle se présente comme un arbre à trois niveaux²²:

– Le premier niveau de l'arborescence est constitué par un premier regroupement d'incriminations, la *classe*, qui repose sur une catégorisation spécifiquement juridique. Elle rassemble les qualifications applicables à un ou plusieurs comportements sanctionnés. Par exemple, la classe « homicide volontaire » comprend huit incriminations²³. La classe et les incriminations correspondent à l'activité experte des techniciens du droit qui rapportent des cas singuliers à une classe d'équivalence juridique en vue de leur traitement policier et judiciaire. Ce niveau est aussi celui des analyses sociologiques saisissant les opérations de traduction et de classement qu'exige l'activité judiciaire.

– Dans un deuxième temps, nous avons opéré des regroupements en fonction du *type* d'intérêt protégé, qui peut être constitué de plusieurs sous-types. Le type d'intérêt protégé correspond à l'activité du législateur, lorsqu'à l'occasion de l'élaboration d'une loi il formalise ses choix. La détermination des intérêts à protéger et des modalités de leur défense constituent une responsabilité politique fondamentale. Ce niveau constitue donc le domaine privilégié des analyses juridiques, mais aussi des analyses socio-juridiques qui s'attachent à mettre en lumière la spécificité du monde créé par le droit.

– Enfin, nous avons défini un troisième niveau de catégorisation. Il s'agit de ce que nous avons appelé *catégorie ou rationalité incriminatrice*. Elle correspond au niveau où l'« on peut reconstruire les “modèles” de réalité sociale sur lesquels s'appuient souvent les normes juridiques, les décisions juridiques, les décisions judiciaires et les considérations doctrinales »²⁴. On y retrouve à l'œuvre en effet, des valeurs et intérêts fondamentaux, créés par le droit, certes, mais qui ont aussi une existence au sein du monde social. Les mises en équivalence qui sont opérées à ce niveau permettent de relier les catégorisations juridiques et des « catégories », entendues ici dans le sens que leur ont donné des sociologues comme Émile Durkheim ou

22. Cf. Annexes, figures 1 à 4.

23. La classe homicide comporte le meurtre, le meurtre précédant ou suivant un autre crime, celui qui prépare un délit, celui qui favorise la fuite ou l'impunité de l'auteur d'un délit, l'assassinat, le meurtre commis sur des personnes vulnérables, l'empoisonnement, et le meurtre par empoisonnement.

24. Gunther Teubner, *Droit et Réflexivité*, op. cit., p. 48.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

des ethnométhodologues comme Harvey Sacks²⁵, quand ils se sont efforcés d'élaborer une définition sociologique des catégories en s'inspirant de sa définition philosophique. Elles ne sont plus envisagées seulement comme les cadres de la pensée conceptuelle ou les conditions *a priori* du raisonnement, mais aussi comme de véritables «institutions sociales» selon l'expression de Durkheim²⁶. Il existe donc bien en sociologie, même si c'est de façon marginale, une formalisation de la notion de «catégorie» qui ne se confond pas tout à fait avec une conception taxinomique²⁷, mais prend appui sur sa définition philosophique. Sans que l'on puisse rendre compte dans toute leur complexité des différentes significations qu'a pris la notion de catégorie lorsque la sociologie l'a investie, on peut néanmoins retenir la définition de Louis Quéré, qui s'efforce de prendre en compte les réflexions d'Émile Durkheim ou de Pierre Bourdieu²⁸, mais aussi celles des ethnométhodologues qui ont mis en lumière les liens réciproques qui existaient entre l'activité sociale et les catégories: «On envisagera alors comme catégories non seulement les prédicats, les modes de prédication ou les cadres formels de la pensée, mais aussi [...] les concepts qui présentent la propriété particulière [...] de participer, en tant que représentations, schèmes ou méthodes à l'institution de la réalité objective du monde social.» Les catégories apparaissent comme «des médiations de l'institution continue de la réalité objective. Elles encadrent cette institution en articulant les pratiques des acteurs²⁹».

Les catégories ou rationalités incriminatrices forment les structures essentielles de l'ordre public et peuvent ainsi être envisagées comme les cadres ou les «médiateurs» à la fois formels et sociaux de la production des textes pénaux, des codes mais aussi de toutes les dispositions pénales adoptées en dehors du code dans les nombreuses lois organisant de façon spécifique des activités sociales (télécommunication, environnement, marchés financiers...). Ainsi, quatre catégories ou rationalités incriminatrices structurent les codes pénaux de 1791, 1810 et 1992. Il existe des incriminations organisant la protection du patrimoine naturel de l'homme, qui relèvent d'une rationalité de type morale naturelle. Une autre catégorie d'incriminations fonde la régulation des échanges sociaux quotidiens et correspond à une rationalité de type morale civique. Une troisième catégorie d'incriminations établit la protection des institutions publiques et des fonctionnements

25. Harvey Sacks,
Lectures on Conversation,
Oxford, Basil Blackwell, 1992.

26. Émile Durkheim,
*Les formes élémentaires de la vie
religieuse*, Paris, PUF, 1960,
rééd. coll. Quadrige, 1990, pp. 14-15.

27. Voir «L'Enquête sur les
catégories», *Raisons pratiques*,
n°5, 1994.

28. Pierre Bourdieu, «À propos
de la famille comme catégorie réalisée»
*Actes de la recherche en sciences
sociales*, 100, 1993, pp. 32-36.

29. Louis Quéré, in «L'Enquête sur les
catégories», *op. cit.*, p. 30.

démocratiques et participe d'une rationalité politique. Une quatrième catégorie d'incriminations, enfin, correspond à une rationalité économique et sociale et a trait aux échanges économiques et aux relations au sein du monde du travail. Ces catégories possèdent un caractère historique, comme le montre la disparition d'une rationalité incriminatrice à fondements religieux dans le code de 1791. En effet, les recueils de dispositions pénales d'Ancien Régime accordaient une place prééminente à des infractions sanctionnant le non-respect des interdits religieux³⁰. Après la Révolution, certaines disparaîtront, mais d'autres seront reprises sous une forme laïcisée, phénomène qui signale la sécularisation de l'ordre public³¹. Par exemple, les incriminations qui sanctionnent les infractions liées à la famille ne protègent plus un sacrement religieux mais relèvent d'une rationalité de type morale civique. Enfin, s'il est possible de retrouver les quatre catégories au sein des codes de l'ère contemporaine, leur hiérarchie, comme leurs caractéristiques internes sont modifiées très largement d'un code pénal à l'autre.

Nous avons ainsi dégagé trois niveaux de catégorisation, la classe, le type et la rationalité qui correspondent aussi à trois niveaux d'activité et d'analyse. Remarquons d'une part que cette typologie décrit un parcours qui va de l'activité sociale au système juridique, puis regagne la société, dans la mesure où cette dernière est informée par le droit. Le monde social qualifié juridiquement a, en retour, sa part dans l'élaboration du droit. Il existe donc une emprise réciproque des trois niveaux d'activité et de signification qui se distinguent sans être cloisonnés. Ce parcours est aussi celui qui va du langage juridique au langage commun. D'autre part, la distinction des trois niveaux au sein de l'arborescence correspond à notre démarche inductive. En effet, les rationalités n'ont pas été construites *a priori* mais de manière progressive, en partant de l'inventaire des incriminations figurant dans le texte et en réalisant des regroupements successifs dont le niveau de généralité augmente à chaque étape. Il ne s'agit pas pour nous de rechercher le sens du texte en dehors de lui, mais de rendre compte de son organisation interne. C'est pourquoi le modèle présenté ici ne participe pas d'une entreprise de dévoilement mais d'un travail de description et de compréhension endogène.

30. Pierre Lascoumes *et al.*, *Au nom de l'ordre...*, *op. cit.*, pp. 19-42.

31. Pierre Lascoumes, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », *Beccaria et la culture juridique des lumières*, Genève, Droz, 1996, pp. 109-119.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,
Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

Structurer l'ordre public

La doctrine politique originelle qui fonde le code pénal a été formulée sous la Constituante. Elle repose sur le caractère indissociable des dimensions de liberté et de sûreté qui garantissent le bien commun et sont garanties par un ensemble de droits et de devoirs s'adressant aux gouvernants et aux gouvernés. Dans ce sens, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la Constitution d'un côté, le code pénal de l'autre sont à considérer comme les deux volets complémentaires de l'institutionnalisation de l'ordre public. Le premier l'accomplit « en plein » par l'énoncé des intérêts et valeurs fondamentaux que l'État se doit de garantir, le second le fait « en creux » par la définition des atteintes qui appellent une sanction sociale et des formes de celle-ci. À l'évidence le droit pénal relève du droit public dans la mesure où il fonde une pratique punitive sur une philosophie politique démocratique. La question fondamentale à laquelle ont à répondre les codificateurs n'est pas celle que l'on met souvent en évidence, celle du « comment punir ? », mais celle du « pourquoi punir ? ». Il est en effet primordial de définir les fondements et les finalités du pouvoir de punir exercé par l'État³² avant de s'attacher au choix des modalités de punition. Les raisonnements en cette matière s'ordonnent autour de trois interrogations principales : quels sont les termes du contrat social ? quel est le degré de perfectibilité attribué à la nature humaine ? quelle fonction doit remplir la peine ? Nous nous attacherons ici à la première de ces interrogations majeures dans la mesure où la définition des termes du contrat social conduit à préciser l'ensemble des droits et des devoirs considérés comme fondamentaux dans une conjoncture donnée³³.

L'entreprise de codification d'un domaine juridique induit deux traits principaux, l'exhaustivité et la systématité. C'est pourquoi, dès le milieu du XVIII^e siècle, tous les réformateurs qui se sont proposés de répondre au désordre des législations d'Ancien Régime, en France comme à l'étranger, se sont toujours attachés à trouver des principes d'organisation de leur matière. Toute entreprise de catégorisation suppose des choix épistémologiques préalables. Les réformateurs du droit au XVIII^e siècle ont recherché empiriquement et théoriquement, quels pouvaient être les fondements conceptuels d'une telle entreprise intellectuelle. Ce type de démarche rompt

32. Pierrette Poncela,
« Droit de punir et pouvoirs de punir :
une problématique de l'État », *Archives
de philosophie du droit*, 28, 1983.

33. Jean-Jacques Rousseau,
« ... l'essence du corps politique est
dans l'accord de l'obéissance
et de la liberté, et que ces mots de sujet
et de souverain sont des corrélations
identiques, dont l'idée se résume
dans le seul mot de citoyen. »,
Du contrat social, § 155, Chap XIII,
livre III.

avec les inventaires professionnels de leurs contemporains qui listent selon des critères variables les ordonnances royales et décisions jurisprudentielles³⁴. Les solutions systématiques utilisées reposent sur trois grands principes de classement :

– Un premier type de classement s’effectue en fonction des types d’actions humaines qui sont à l’origine de l’infraction. Le plus ambitieux est celui réalisé par un avocat, Dufriche de Valazé, qui ordonne « toutes les actions humaines susceptibles de moralité ». Pour chacune d’elles, l’auteur définit les différents positionnements moraux, positifs et négatifs, qui lui correspondent : une vertu, un devoir, un vice et un crime³⁵. C’est un classement à base de philosophie morale qui définit symétriquement le contenu du bien commun selon des pleins et des creux gradués.

– Un deuxième type de classement s’effectue en fonction des peines encourues. À la hiérarchie des peines dans leur sévérité les auteurs font correspondre une hiérarchie des comportements à sanctionner. Plusieurs magistrats élaborèrent ainsi des textes, basés sur une philosophie utilitariste³⁶, et hésitant entre le traité et l’outil professionnel. La peine, sous l’angle de la crainte qu’elle doit susciter et de la réparation qu’elle doit générer, est définie ici comme un outil essentiel de régulation sociale.

– Un troisième type de classement s’effectue en fonction des types d’intérêts lésés qui sont définis et ordonnés selon les valeurs et intérêts fondamentaux de la société. Ce raisonnement s’inspire de l’utilitarisme mais l’oriente dans un sens politique. On le voit en particulier à l’œuvre chez un auteur comme J.-P. Brissot de Warville : « Si le crime n’est qu’un attentat à l’ordre, à l’intérêt social, les différentes branches de cet intérêt produiront autant de ramifications dans les crimes ». Il est le premier à organiser son inventaire à partir de deux catégories fondamentales qui seront toujours reprises ensuite, les crimes contre l’ordre public et les crimes contre l’intérêt des particuliers. Chacune d’elle est divisée en trois branches d’intérêts qui organisent sa classification³⁷.

Sous la Constituante puis durant la période napoléonienne, c’est ce troisième principe de classement qui prévaudra et se maintiendra³⁸. Le caractère indissociable des textes constitutionnels et du code pénal est attesté autant par le fait qu’ils ont eu des auteurs communs que par la

34. Du Rousseaud. *Traité des matières criminelles*, Paris, Durand, 1769 (6^e édition) et Claude François de Laverdy, *Code pénal, ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations sur les crimes et les délits*, Paris, Dessaint et Saillant, 1752.

35. Charles-Étienne Dufriche de Valazé, *Loix pénales*, Alençon, Malassis, 1784.

36. Maurice Thorillon, *Idées sur les lois pénales*, Paris, Belin-Froullé, 1788.

37. Jean-Pierre Brissot de Warville, *La Théorie des lois criminelles*, 1781. Dans le même sens mais sous une forme moins systématique, on peut aussi se référer aux écrits d’un autre auteur d’inspiration politique : Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, 1780.

38. Notre démarche possède une parenté avec cette dernière catégorisation. Cependant, la notion d’intérêt protégé restait encore imprécise et recouvrait des classes thématiques très larges au contenu hétérogène. Les sections regroupant les articles du code 1791 sont ainsi formulées : « crimes contre la propriété publique », « crimes et attentats contre les personnes », « crimes et délits contre les propriétés », etc. La méthode que nous avons adoptée repose sur une spécification, article par article, des incriminations qui les composent et sur une détermination de l’intérêt protégé qui est en jeu pour chacune d’elles.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,
Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

présentation officielle des textes pénaux à l'assemblée qui est faite de façon conjointe au nom des comités de constitution et de législation criminelle. Le nouvel ordre social est institué dans un double mouvement qui d'un côté, affirme des valeurs et des fonctionnements sociaux et d'un autre, disqualifie leur envers et leur transgression. Le texte de 1791 distingue simplement les crimes contre la chose publique (divisés en trois groupes) des crimes contre les particuliers (divisés en deux groupes); les délits sont répartis en cinq « genres de délits » (non spécifiés). Celui de 1810 reprend cette catégorisation avec les mêmes intitulés, mais va beaucoup plus avant dans les subdivisions à l'intérieur de chacune d'elles³⁹. Jusqu'à la réforme de 1992, le code pénal conservera cette organisation bipartite⁴⁰. Cet ordre de classement qui met au premier plan la défense des institutions et des fonctionnements démocratiques correspond à la philosophie politique de la Révolution qui considère que la liberté de chacun repose sur la sûreté de tous, objectif qui exige une société politique forte. La reconnaissance de nouveaux droits aux citoyens s'accompagne de l'énoncé d'une série de devoirs, en particulier vis-à-vis de l'instance de tutelle garante de la nouvelle citoyenneté. C'est à ce titre que l'État, ses institutions et ses agents en tant que principaux responsables du bien commun doivent bénéficier d'une protection prioritaire. Mais celle-ci passe également par un ensemble de devoirs spécifiques concernant le personnel politique et administratif.

Cet ordonnancement est remis en cause par le nouveau code pénal qui renverse la hiérarchie des intérêts protégés. Le code de 1992 répartit en effet les crimes et les délits en trois types, ceux contre les personnes (divisés en huit groupes), ceux contre les biens (répartis en six groupes), ceux contre la nation, l'État et la paix publique (répartis en dix groupes). Il contient aussi une rubrique autre, sans titre, à peu près vide⁴¹. Ce changement dans l'ordonnancement du plan du code est indicatif d'une modification importante des principes fondant l'ordre public. Elle intervient dès la première commission de réforme. Il est à noter que le changement politique intervenu en 1981, qui a relancé les travaux de réforme du code pénal et permis leur achèvement, ne s'est pas accompagné d'une remise à plat de ces choix. Ainsi lors d'une commission de 1982 « la proposition d'énumérer en premier lieu les atteintes à l'autorité et à la sûreté de l'État

39. Le texte passe de 176 articles d'incrimination à 293.

40. Les crimes et délits contre la chose publique, articles n° 70 à 294; et les crimes et délits contre les particuliers, articles n° 295 à 462. Le projet Matter (1934) reprenait aussi ce plan.

41. Il s'agit du Livre V du code dont la réalisation n'a pas été achevée par les commissions de réforme. Il devait porter sur le droit pénal dit « moderne », c'est-à-dire comprenant les infractions en matière économique, sociale, environnementale, etc. Les parlementaires ont créé cette enveloppe pour recevoir les textes à venir. Lors de l'adoption ils y ont placé deux articles de loi préexistants concernant les violences faites aux animaux. Depuis ils y ont aussi introduit les dispositions pénales provenant des lois bioéthiques. Aucun projet de structuration d'ensemble de ce Livre V n'a été mis au point.

est accueillie avec réticence par la commission qui rappelle que dans la hiérarchie des valeurs du futur code pénal figure d'abord la protection des personnes». Cette option est maintenue et avalisée par une nouvelle argumentation en termes de «droits de l'homme»⁴². Dans la partie de son exposé des motifs intitulée «Exprimer les valeurs de notre temps», Robert Badinter déclare que le code est «inspiré par les droits de l'homme [...] Ce sont ceux qui fondent la conscience française en notre temps [...]. Ils constituent l'affirmation d'une éthique sociale fondée sur une certaine idée de l'homme, considéré comme un être titulaire de droits fondamentaux dont le respect s'impose à tous, y compris à l'État». Selon les nouveaux codificateurs, les codes du XIX^e siècle étaient principalement centrés sur la défense de l'État et de la propriété individuelle. «Le nouveau code pénal doit prendre pour fin première la défense de la personne humaine et tendre à assurer son plein épanouissement en la protégeant contre les atteintes. [...] Le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les droits de l'homme». Cet argumentaire mérite discussion sur deux aspects principaux. Tout d'abord, le nouveau code est comme l'ancien inspiré des droits de l'homme. Il n'y a là aucune innovation. On peut même souligner que dans la version de 1791, l'articulation entre les dispositions précises de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et celles du code était beaucoup plus explicite qu'elle ne l'est dans celui de 1992⁴³ où aucun renvoi précis n'est effectué au corpus de textes instituant les droits de l'homme contemporains⁴⁴. C'est pourquoi se pose ensuite la question de savoir à quels droits de l'homme se réfèrent les codificateurs. L'ordonnancement du code nous permet de dire que c'est une conception individualiste qui a prévalu. Dans le nouvel ordre public, selon la formule de Durkheim, l'homme est devenu sinon «la mesure de toutes choses» du moins sa référence centrale. Et le contenu du nouveau code pénal exprime bien le fait que «l'égoïsme» se trouve au fondement principal de la morale collective des sociétés modernes⁴⁵. Un rapport de la commission de 1982 propose cette définition: «Le code pénal que nous proposons n'est ni le code des propriétaires, ni le code des sujets d'un État tout puissant, il se veut le code des personnes». Cette expression «code pénal des personnes» ne sera pas retenue, d'autres membres rappelant que «les collectivités, les biens et l'autorité de l'État seront également protégés».

42. Sur les ambiguïtés d'un tel argumentaire, cf. Remi Lenoir, «Une cause naturelle, "Les droits de l'homme"», *Politix*, 16, 1991, pp. 55-64.

43. Sur les 17 articles de la DDHC de 1789, neuf concernent le domaine pénal et tendent vers trois objectifs principaux : garantir la limitation de l'arbitraire par l'instauration du principe de légalité des délits et des peines, assurer la liberté de croyance et d'opinion, enfin garantir les citoyens contre les abus de pouvoir (Pierre Lascoumes, «le verso oublié du "catéchisme révolutionnaire": le code pénal de 1791», *Cahiers de recherche sociologique*, 13, 1989, pp. 31-51).

44. Les travaux de la commission de réforme d'avril 1982 font référence à des textes internationaux comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948), la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) ou le Pacte International des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (1966).

45. Émile Durkheim, *Le Suicide, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1912. Pierre Birnbaum, Jean Leca, *Sur l'individualisme*, Paris, FNSP, 1986.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

L'essentiel du travail des codificateurs et de leurs productions concernant les infractions⁴⁶ porte en effet sur les atteintes aux personnes et aux biens, ce sont donc davantage les droits de l'homme civil qui ont été traités en priorité que ceux d'un acteur de la vie démocratique. Et lorsque le projet fut déposé au parlement en 1986, seules ces parties, précédées de la partie générale du code, avaient été achevées. La dimension de citoyenneté politique et la défense des institutions démocratiques n'est donc envisagée qu'en troisième rang. Enfin, une attention particulière doit aussi être portée au Livre V du code qui, par son vide, témoigne de l'impossibilité où se sont trouvés les codificateurs de rationaliser et d'instituer ce qu'ils ont nommé «le droit pénal moderne», c'est-à-dire les secteurs du droit pénal liés à la vie économique et sociale. Cette lacune indique une nouvelle limite à la conception de l'homme civil qui est envisagée. Le sujet du code pénal n'est traité qu'en tant que détenteur de ce que l'on nomme son patrimoine naturel à savoir son corps, son honneur, son intimité et ses biens. Mais il est absent en tant que sujet impliqué dans d'autres relations sociales tout aussi importantes aujourd'hui, consommateur, travailleur, être vivant dans un environnement, etc. C'est en fin de compte un ordre public bien parcellaire qu'institue le «Nouveau code pénal». Il est basé sur une conception restrictive de la citoyenneté qui fait prévaloir la personne sur le sujet politique. Mais il ne s'agit ici que d'une première hypothèse basée sur l'analyse de la catégorisation sommaire que constitue l'ordonnancement général du code et les intitulés de ses parties. Nous allons maintenant mettre à l'épreuve ce raisonnement en utilisant notre méthodologie spécifique d'analyse du texte.

Les incriminations: classes, types, rationalités

L'approche précédente des grandes catégorisations du nouvel ordre public mérite d'être affinée. En effet, le découpage du plan du code et de ses articles constitue une répartition insatisfaisante, en raison de la profonde hétérogénéité des «catégories» thématiques sur lesquelles elle repose. Les principes de catégorisation que nous avons présentés plus haut et qui sont basés sur la détermination des intérêts protégés par chaque disposition pénale permettent une répartition plus fine et plus pertinente des incriminations et donc une analyse plus systématique de

46. C'est ce que les juristes appellent le droit pénal spécial définissant des infractions et leurs peines, à la différence du droit pénal général qui traite des secteurs globaux comme la responsabilité, l'application de la loi dans le temps et l'espace et des différents types de peine.

la structure du nouvel ordre public institué. Rappelons qu'au sein de chaque article du code nous avons retenu comme unité de découpage la définition de comportements autonomes sanctionnés. Chaque incrimination est identifiée par un verbe ou un substantif d'action ou d'omission et nous avons déterminé la nature de l'intérêt qu'elle protège en droit. À partir des 358 articles du code contenant des infractions nous avons ainsi défini 703 incriminations. Celles-ci ont été agrégées en deux temps: tout d'abord nous avons constitué des types, puis ces derniers ont été assemblés en grandes catégories représentant des rationalités incriminatrices.

Ce travail de découpage et de recomposition par étapes permet de préciser les analyses présentées ci-dessus. Les résultats nuancent la représentation des dimensions de l'ordre public instituées par le nouveau code pénal. Le tableau proposé en annexe⁴⁷ présente l'évolution des grandes rationalités incriminatrices en comparant le code de 1810, un projet de réforme non abouti datant de 1930⁴⁸, la dernière version du code de 1993 et celle qui est entrée en vigueur en 1994.

Dans la hiérarchie des intérêts protégés, le trait le plus marquant est la montée en puissance des incriminations portant sur le respect d'une morale civique du quotidien (42,5 %); puis viennent les incriminations concernant la protection des intérêts politiques au sens de défense des institutions et des fonctionnements démocratiques (35,9 %). Ensuite se trouvent les infractions garantissant une morale naturelle définie comme la protection du patrimoine naturel de l'homme (son corps, son honneur et ses biens; 19,7 %); enfin, les atteintes aux intérêts économiques et sociaux demeurent quasi inexistantes (1,7 %). Les figures 1 à 4 présentent le détail de la répartition des classes et types par catégories⁴⁹.

Incriminations relevant d'une rationalité de type morale naturelle

Cette catégorie d'incriminations vise la protection du patrimoine naturel de l'homme. Ce domaine a été présenté par les parlementaires comme le plus important dans la mesure où «il vise à la protection de la personne humaine envisagée non seulement comme personne physique mais aussi comme titulaire de droits fondamentaux⁵⁰». Ceux-ci se composent de son intégrité physique et psychique, de son honneur et de sa liberté et enfin de ses biens. Ces trois

47. Voir Annexes page 26.

48. Projet Matter (sur ce projet, voir Pierre Lascombes *et al.*, *Les grandes phases d'incrimination*, *op. cit.*).

49. Voir Annexes. Les schémas ne font pas figurer toutes les classes. Des points de suspension placés après le dernier terme d'une liste de classes signalent que celle-ci est incomplète. Par ailleurs, pour plus de clarté, ne sont pas reproduites dans la figure 2 les très nombreuses classes se rapportant à certains sous-types du type 4 (recel, faux, en particulier, mais aussi sévices et cruauté envers les animaux).

50. Charles Jolibois, *Rapport*, Sénat, 18 avril 1991.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

aspects constituent les types d'incriminations organisant ce domaine. Cette catégorie repose sur les principes philosophiques du droit naturel et elle n'a connu aucune transformation majeure depuis la fin du XVIII^e siècle. La notion de sûreté personnelle a simplement été légèrement étendue et mieux spécifiée par des définitions nouvelles (violences sexuelles, prise d'otage, etc.).

Incriminations relevant d'une rationalité de type morale civique

Ces incriminations visent à garantir le bien commun et à assurer une sûreté publique par la sanction du non respect de règles organisant des activités du quotidien. Cette partie de l'ordre public qui détermine une discipline sociale se subdivise en plusieurs dimensions formant chacune un type d'intérêt protégé.

Le premier type concerne la mise en danger de la personne et de la santé d'autrui :

- il comprend tout d'abord un ensemble d'incriminations qui sanctionnent la création de risques particuliers exposant autrui à une atteinte physique grave (accidents de la route, du travail mais aussi ceux liés à la consommation ou à des pollutions). Entrent également dans ce type les omissions de porter secours, les entraves aux mesures d'assistance, la provocation au suicide, et le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger.

- Un deuxième sous-type regroupe les incriminations sanctionnant des atteintes à la santé par une absence de respect de certaines règles professionnelles : expérimentation sur la personne humaine non autorisée, interruption illégale de grossesse hors des cadres fixés, infractions liées aux activités bioéthiques.

- Un troisième sous-type regroupe les incriminations relatives au trafic de stupéfiants : le trafic simple, le trafic organisé.

Le deuxième type d'incriminations concerne la protection de la dignité et de l'intimité de la personne humaine. Les atteintes à la dignité recouvrent le proxénétisme, les discriminations et les atteintes au respect dû aux morts. Les atteintes à l'intimité concernent les atteintes à la vie privée, à la représentation de la personne, au secret professionnel et aux droits de la personne par fichiers informatiques.

Un troisième type d'incriminations porte sur la famille et les mineurs ; l'abandon de famille, les atteintes à l'exer-

cice de l'autorité parentale, les atteintes aux règles de filiation. D'autres incriminations sont destinées à assurer une protection particulière des mineurs: mise en péril physique et délaissement.

Le quatrième type est formé par un ensemble plus hétérogène d'atteintes au bien commun commises par des particuliers. On entend par bien commun le patrimoine public dans son expression matérielle, mais également tout ce qui relève du patrimoine institutionnel: atteintes à l'administration publique (usurpation de qualité, atteinte à l'état civil), les entraves au bon fonctionnement de la justice. Nous avons également placé ici la sanction de diverses activités génératrices de troubles sociaux comme l'association de malfaiteurs, la réalisation de faux, le recel, les fausses alertes et les actes de cruauté envers les animaux.

Incriminations relevant d'une rationalité politique

La principale nouveauté du code en ce domaine est de substituer à la notion de sûreté de l'État celle d'intérêts fondamentaux de la Nation. Ce ne sont pas seulement les institutions démocratiques qui sont ainsi l'objet d'une protection spécifique mais, plus largement, tous les éléments composant une Nation, l'intégrité de son territoire et sa sécurité, la sauvegarde de sa population, ses ressources naturelles, économiques et culturelles.

Un premier type d'intérêt concerne la protection du peuple dans toutes ses composantes par la répression des crimes contre l'humanité, le génocide et autres formes d'agression systématique.

Un deuxième type concerne la protection des intérêts fondamentaux de la Nation qui se déclinent en trois sous-types: la protection contre les atteintes externes (atteinte au secret de la défense nationale et à la sécurité des forces armées, trahison, espionnage, intelligence avec une puissance étrangère, sabotage, fausses informations); la protection contre les atteintes internes (attentat, complot, mouvement insurrectionnel, usurpation de commandement). Enfin la répression du terrorisme qui a pris dans le code pénal une place considérable puisqu'il occupe à lui seul plus de la moitié de cette catégorie politique (149 incriminations, soit 64 % de la catégorie).

Un troisième type concerne la protection de l'autorité et des institutions de l'État (outrage et rébellion, attroupement et groupe de combat).

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

Un quatrième type concerne les abus de pouvoir commis par des personnes publiques.

Un cinquième type est formé par les atteintes aux institutions commises par les particuliers (corruption active et trafic d'influence, opposition aux travaux publics, usurpation de fonctions, de signes, de titres).

Un sixième type concerne les atteintes à la confiance publique, la fausse monnaie, et les falsifications de titres ou valeurs.

Incriminations relevant d'une rationalité économique et sociale

Cette catégorie d'incriminations à consonance moderne est en fait présente dès le droit pénal de l'Ancien Régime. Elle vise la régulation de la circulation économique et la surveillance de certaines activités commerciales. Son importance était beaucoup plus grande dans les codes pénaux précédents. La faiblesse de son contenu dans le nouveau code correspond à l'échec patent des dernières commissions de réforme à mener à bien la rationalisation du droit pénal dit « moderne ». Les quelques infractions qui y figurent ne portent que sur des enjeux mineurs ou très spécifiques.

Cette catégorie se divise en deux types : les incriminations relevant d'une rationalité économique (organisation frauduleuse de son insolvabilité, infractions lors des ventes aux enchères, activités de commerce liées au recel, blanchiment de capitaux) ; et celle relevant d'une rationalité sociale (conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité).

Cette analyse des dispositions du code pénal sur la base du travail de catégorisation accompli nous permet de préciser sous différents angles nos premières conclusions. De façon plus générale, les résultats montrent l'intérêt d'une démarche méthodologique de catégorisation. Le découpage par rationalité que nous avons opéré vient tout d'abord confirmer l'hypothèse d'une reformulation de l'ordre public contemporain qui se révèle principalement centré sur les enjeux d'une société civile individualiste et la discipline sociale du quotidien. Les catégories de « morale naturelle » et de « morale civique » sont en effet en grande partie complémentaires et représentent plus de 60 % des incriminations. La catégorie « morale civique » qui recouvre ce que les codificateurs de 1810 avaient nommé le « code du bon voisinage et de l'urbanité » n'a cessé de

prendre de l'ampleur. Elle est ici devenue dominante. Sous cet intitulé sont réunies des atteintes de gravité moyenne ou faible (petits délits et contraventions) mais qui sanctionnent des comportements portant atteinte à la sûreté publique quotidienne. Ces infractions sont complétées par un ensemble important de sanctions d'une indiscipline professionnelle. Cette catégorie vient compléter celle de « morale naturelle » en protégeant cette fois indirectement, par la sanction d'activités organisées, le patrimoine naturel de la personne. En ce sens, le nouveau code pénal est bien devenu « un code de la personne » puisque c'est à travers l'individu, ses intérêts et les valeurs qui s'y rattachent, qu'est construit l'essentiel du bien commun.

Notre analyse montre également que la rationalité incriminatrice de type politique reste importante malgré sa régression au troisième rang dans l'organisation générale du code. Là également, une conclusion plus générale peut être dégagée des apports spécifiques des activités de découpage interne des catégories (ici les types et les classes). En effet, cette rationalité politique rassemble près de 40 % des incriminations, ce qui traduit une importance quantitative certaine. Mais deux remarques sont à faire qui renvoient au contenu qui a été donné à la notion de « politique ». Tout d'abord, le remplacement de la notion d'État par celle de Nation indique la volonté de prendre en compte plutôt une communauté d'individus et leur cadre d'existence que les seules institutions comme c'était le cas auparavant. La création d'une classe de crimes contre l'humanité, imprescriptibles, témoigne aussi de cette dynamique. Il en va de même de la place conséquente donnée à la protection des intérêts fondamentaux de la Nation. Ensuite, l'importance de la catégorie politique doit être tempérée par le fait qu'elle est constituée à plus de 60 % par un sous-type d'incriminations, celui consacré au terrorisme. Or, il y a là un artefact méthodologique dû au mode de rédaction de ces infractions. En effet, le nouveau code ne donne pas une définition précise des actes terroristes, il sélectionne une longue série d'infractions de droit commun et prévoit à leur endroit des sanctions aggravées lorsque leur but est « de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »⁵¹. Ce mode de définition des infractions est très particulier puisqu'il met une intentionnalité spécifique en facteur commun avec une série d'incriminations définies par ailleurs. Le respect de notre principe de définition des

51. L'article 421-1 liste ainsi une série d'atteintes volontaires à la vie, d'atteintes aux biens situées dans le code et des infractions hors code sanctionnant la fabrication, le commerce ou la détention d'armes et assimilés. L'article 421-3 prévoit les peines. L'article 421-2 prévoit l'incrimination d'actes terroristes écologiques.

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,

Anne Depaigne

*Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992*

incriminations a conduit à faire apparaître un nombre important d'infractions qualifiables de terrorisme : deux articles du code suffisent à déterminer 149 incriminations. Ainsi, le travail sur les découpages internes aux catégories a produit deux effets. D'une part, il a conduit à rendre visible la portée exacte des articles du code traitant de cet enjeu. D'autre part, et par contrecoup, il met en évidence la faiblesse relative des autres types d'incriminations relevant de la même catégorie. Hors terrorisme, les incriminations relevant d'une rationalité politique occupent une place bien moindre que dans les codes précédents. Il est donc possible de parler alors d'une dépolitisation de l'ordre public. Ce qui concourt à renforcer notre conclusion précédente sur la montée en puissance de l'intérêt des personnes par rapport à celui des citoyens.

L'analyse doit également se faire en creux par une compréhension des secteurs faiblement ou non catégorisés. La troisième remarque conclusive souligne en effet l'importance des catégories vides. C'est spectaculairement le cas pour les incriminations relevant d'une rationalité économique et sociale. Cette catégorie est en nette régression par rapport aux codes précédents, et ce vide est significatif de l'impossibilité dans laquelle se sont trouvés les codificateurs d'achever leur travail de formalisation de cette matière. En bout de course, les nouvelles dimensions de l'ordre public n'ont pu être formulées de façon systématique. Pourtant l'importance de l'enjeu avait bien été perçue. Dès le milieu des années soixante-dix, différents travaux ont été entrepris sur le droit pénal du travail et celui de la concurrence. Après 1982, le problème est repris par une commission de l'inventaire chargée de dresser un bilan du droit pénal dit « moderne » (environnement, consommation, santé publique, transports, etc.). Mais les travaux des commissions n'aboutiront pas et le travail parlementaire final ne suppléera pas à cette carence. Tout au plus crée-t-on *in fine* une rubrique vide, le Livre V, afin de recevoir l'hypothétique mise en forme ultérieure de cette catégorie. Finalement, seule la partie traditionnelle du droit pénal a été codifiée, et c'est un ordre public très lacunaire qui a été institué.

La démarche que nous avons adoptée montre de façon générale l'intérêt d'une méthode de catégorisation qui s'attache de façon inductive à la reconstitution de niveaux de signification emboîtés les uns dans les autres. Au-delà de leur portée heuristique, les trois niveaux que nous

avons distingués essayent aussi de rendre compte des enchaînements entre connaissance et action. Ainsi le policier ou le juge organisent leurs actions autour de la mise en équivalence de faits contingents avec des classes d'infractions prédéterminées. C'est la médiation opérée par la traduction en droit d'un événement (ou l'échec de cette tentative de qualification) qui fonde l'activité de justice tant au plan symbolique que matériel. Mais on peut faire ici l'hypothèse que ces opérations ne se limitent pas à la seule mise en relation d'un fait et d'une classe, mais qu'elles comportent aussi, plus ou moins explicitement, la mise en relation avec les niveaux supérieurs (le type et la rationalité). Dans le raisonnement des acteurs s'opère une « montée en généralité », une globalisation qui contribue à construire le cadre d'évaluation des faits et à les pondérer en termes de gravité et de punissabilité. Il y a là une piste de travail intéressante qui s'attacherait d'une part à cerner les effets différentiels des qualifications appartenant à des rationalités différentes lorsqu'elles peuvent être appliquées à un même fait (concours de qualification)⁵², qui permettrait d'autre part de confronter, à peines et opportunités procédurales égales, les diverses formes de poursuites en fonction du registre plus général dans lequel s'inscrit la qualification retenue.

Les démarches de catégorisation conduisent à dépasser les lectures d'évidence du droit. Celle des textes que pratiquent les juristes positivistes. Mais aussi celle des exposés d'intentions et des discours de justification (exposé des motifs, débats parlementaires) auxquels s'attachent les sociologues du politique. Si ces derniers matériaux ne sont pas à écarter, ils doivent selon nous venir plutôt en contrepoint à l'analyse des démarches de formalisation qui assurent la mise en droit. C'est là en effet le niveau d'analyse pertinent quand on prétend s'attacher aux activités concrètes de construction des fictions juridiques qui fondent et donnent son sens à « l'intérêt général » ou à « l'ordre public ».

52. La dimension pénale de l'affaire dite du « sang contaminé » montre bien comment, au nom de la recherche d'une efficacité, les faits ont été qualifiés sur la base des textes de répression des fraudes (sanction du non-respect d'une activité réglementée = classe d'atteinte à la consommation = rationalité de morale civique). Ce qui a simplifié la preuve et assuré les poursuites et la condamnation. Les victimes pour leur part raisonnaient sur une autre base, considérant qu'il y avait eu atteinte volontaire à la vie. Plusieurs qualifications étaient alors applicables (de l'homicide aux coups et blessures = classe d'atteintes au corps = rationalité de morale naturelle). Elles entraînaient toutes des possibilités de sanctions beaucoup plus lourdes, mais qui exigeaient aussi la preuve difficile d'une intentionnalité (Marie-Angèle Hermitte, *Le Sang et le Droit*, Paris, Seuil, 1996).

DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,
Anne Depaigne

Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992

Annexes

Figure 1. Incriminations relevant

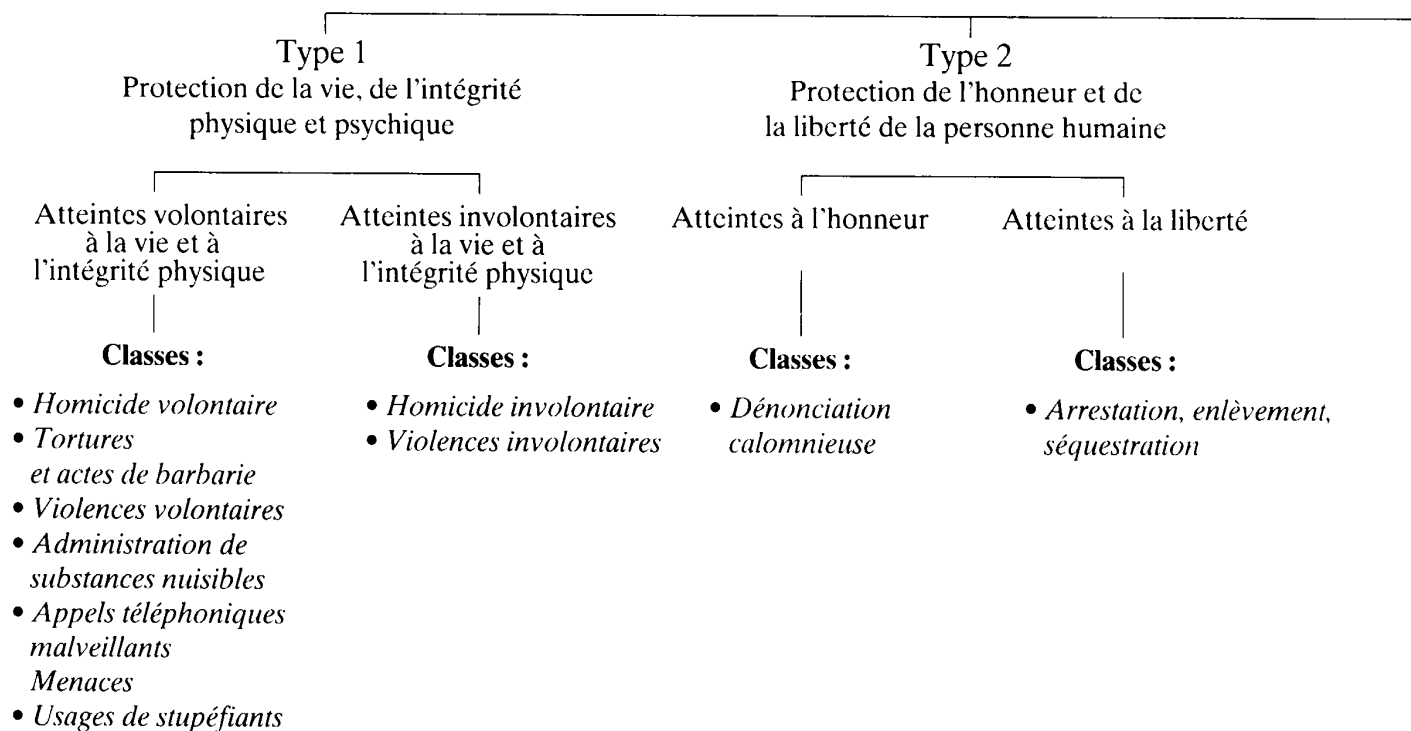
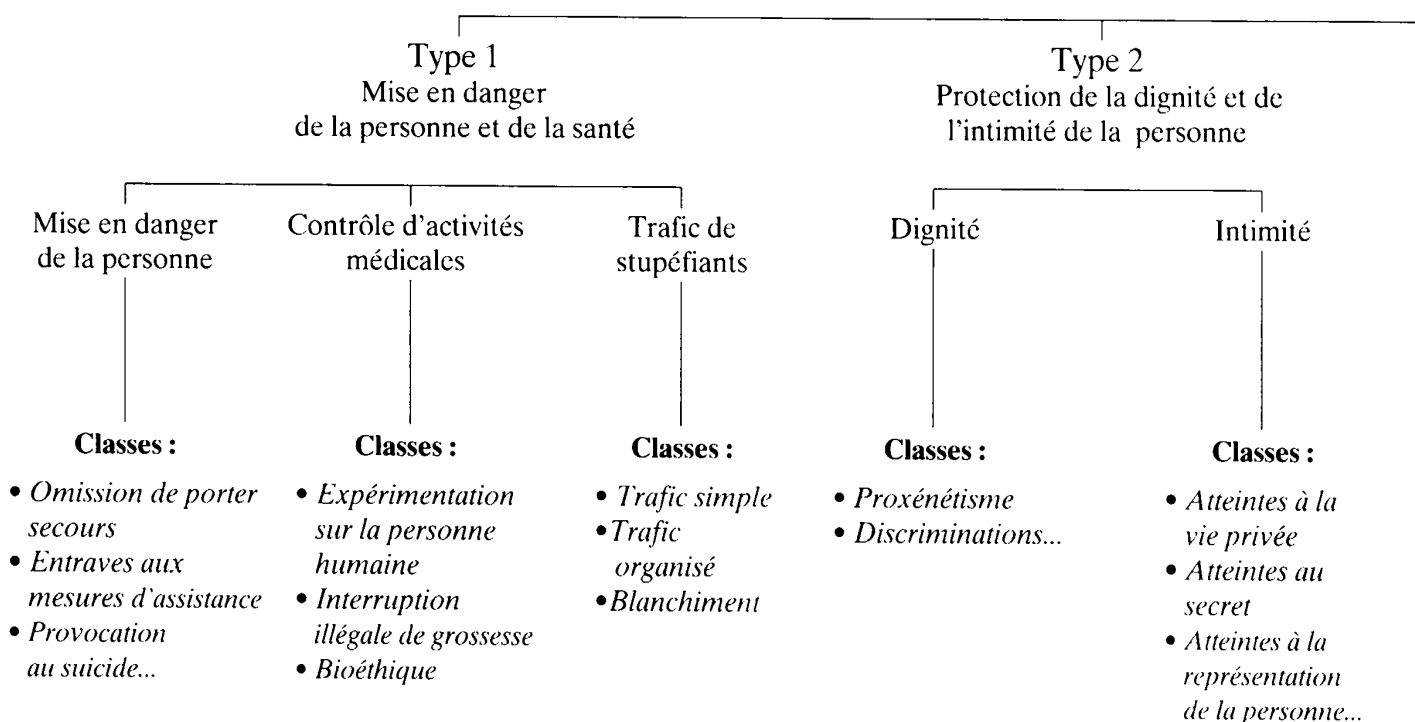
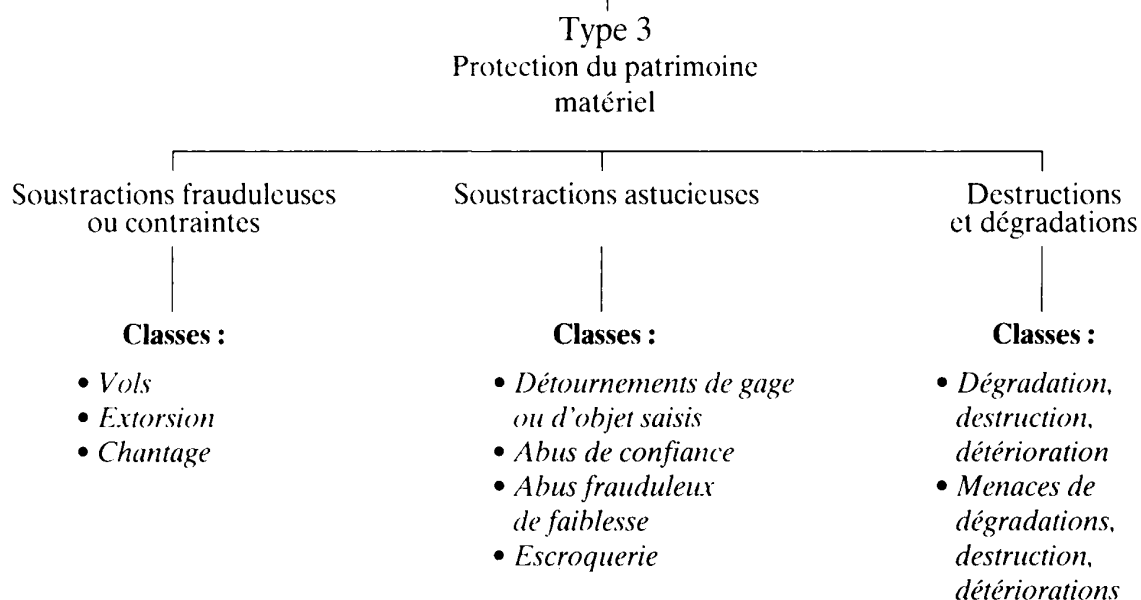


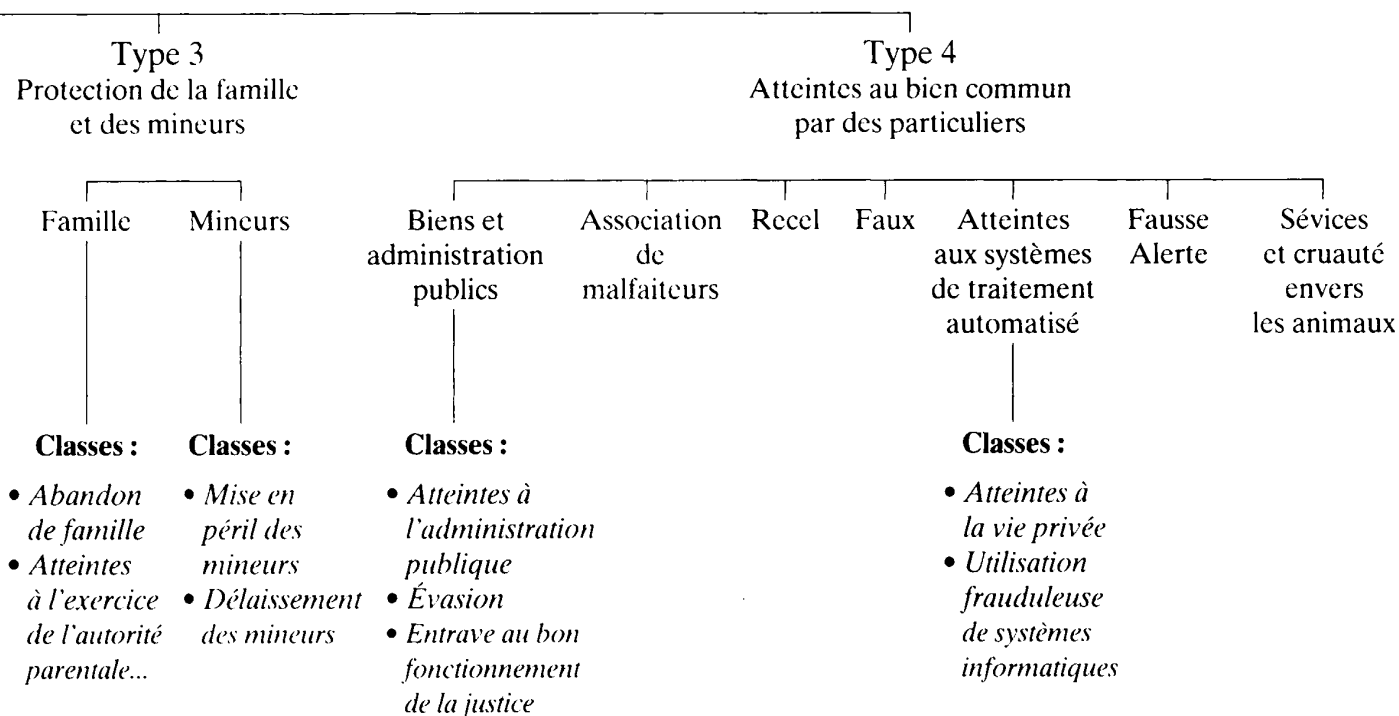
Figure 2. Incriminations relevant



d'une rationalité de type morale naturelle



d'une rationalité de type morale civique



DOSSIER

Outils du droit

Pierre Lascoumes,
Anne Depaigne

Catégoriser l'ordre public:
la réforme du code pénal français
de 1992

Annexes

Figure 3. Incriminations

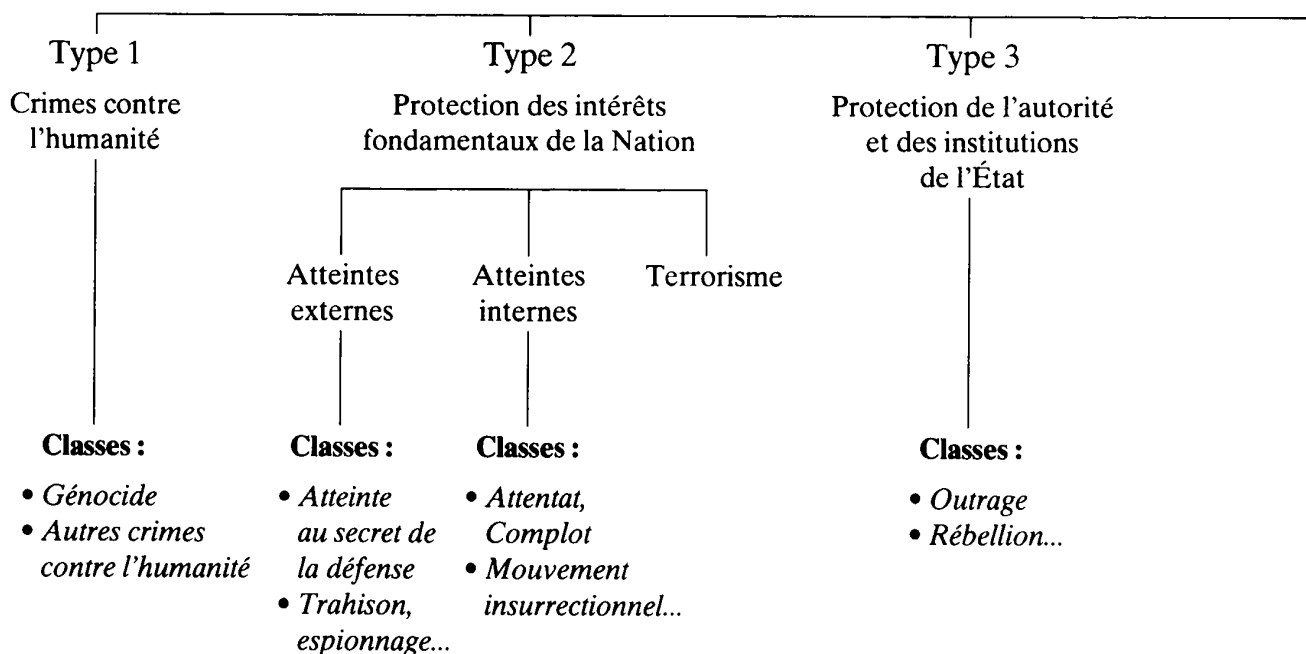
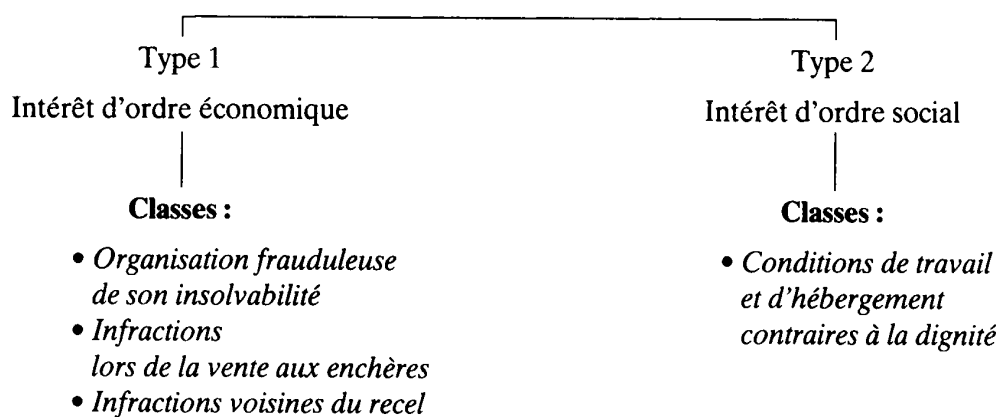
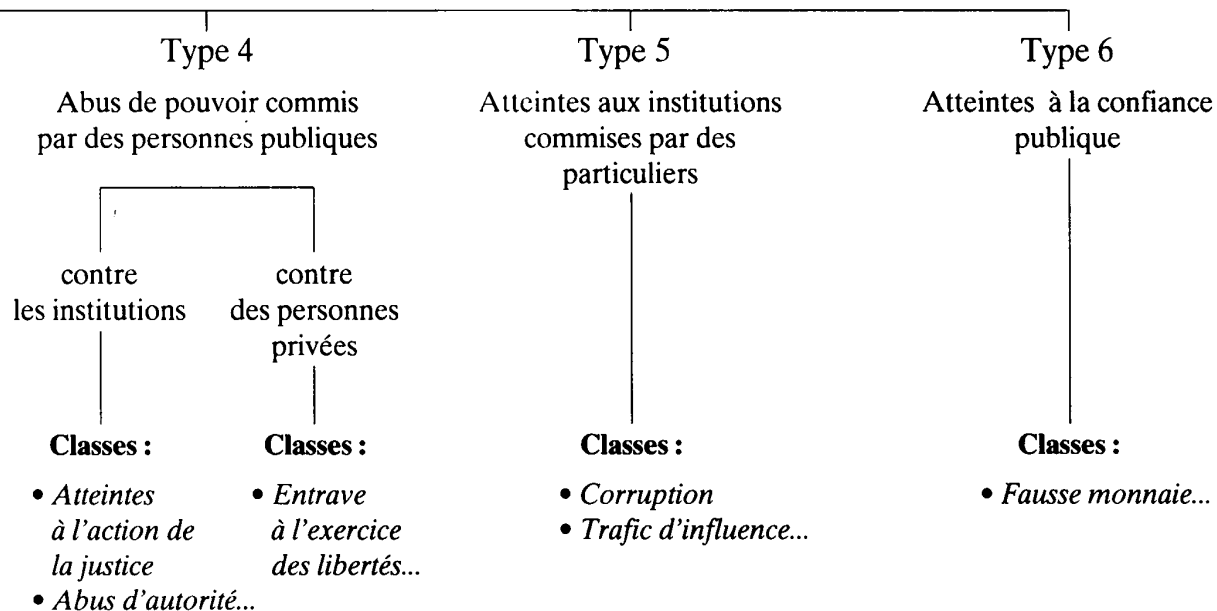


Figure 4. Incriminations relevant d'une rationalité économique et sociale



relevant d'une rationalité politique



Évolution des rationalités incriminatrices				
NOMBRE D'INCRIMINATIONS	Code Pénal 1810 423 [100%]	Projet Matter 1930 496 [100%]	Code Pénal 1993 700 [100%]	Nouveau Code Pénal 703 [100%]
Rationalité politique	197 (46,6%)	161 (32,5%)	244 (34,8%)	253 (35,9%)
Rationalité de type morale civique	78 (18,4%)	130 (26,2%)	319 (45,5%)	299 (42,5%)
Rationalité de type morale naturelle	109 (25,7%)	144 (29%)	131 (18,7%)	139 (19,7%)
Rationalité économique et sociale	39 (9,3%)	61 (12,3%)	6 (0,8%)	12 (1,7%)