

Le verso oublié du « catéchisme révolutionnaire » : le code pénal du 6 octobre 1791

Pierre Lascoumes

Number 13, Fall 1989

Droits et libertés

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1002074ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1002074ar>

[See table of contents](#)

Article abstract

The french *Code pénal*, a forgotten facet of the revolutionary credo, is analysed here in conjunction with the *Déclaration* of 1789 and the constitution of 1791. The study of the debates surrounding its enactment is used to identify conflicting political stakes and social values. In conclusion, reasons are brought forth to understand the opposition to its long awaited amendment.

Publisher(s)

Département de sociologie - Université du Québec à Montréal

ISSN

0831-1048 (print)

1923-5771 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lascoumes, P. (1989). Le verso oublié du « catéchisme révolutionnaire » : le code pénal du 6 octobre 1791. *Cahiers de recherche sociologique*, (13), 31–51. <https://doi.org/10.7202/1002074ar>

Le verso oublié du "catéchisme révolutionnaire": le code pénal du 6 octobre 1791*

Pierre LASCOUMES

Contrairement à ce qui se dit et se répète tant chez les historiens que chez les juristes, la première codification française ne date pas de la période napoléonienne mais de la Constituante. De plus, le premier code réalisé n'a pas été, comme on le croit en général, un code civil, mais un code pénal, celui qui fut adopté sous ce nom le 6 octobre 1791¹. Ce texte présenté à l'assemblée les 22 et 23 mai 1791 par Michel Lepeletier de Saint-Fargeau est doublement remarquable.

Tout d'abord, il inscrit d'emblée le droit pénal dans le champ politique et s'efforce de répondre à une question essentielle des États modernes: pourquoi punir? Il définit les frontières d'une nouvelle économie répressive sur la base d'une philosophie politique, celle qui annonce la démocratie et qui rendra possible, par longues étapes cahotiques, la république. Ainsi, contrairement à ce qui se prétend souvent² le droit pénal moderne a moins été élaboré pour sanctionner des dispositions civiles que pour participer à la définition d'un nouvel ordre politique. Son objectif principal n'est pas la défense des biens et des personnes, mais celle des institutions et des valeurs nouvelles prérépublicaines. Le droit pénal est ainsi formulé davantage en termes de droit public qu'en termes de droit privé. C'est

* Cet article s'appuie sur les résultats d'une recherche collective menée avec Pierrette Poncela, philosophe du droit, et Pierre Lenoël, historien: "La République en réprimant, une histoire politique du code pénal français, 1789-1989".

¹ Ce texte appartient en fait à un ensemble plus vaste préparé par les comités de constitution et de législation criminelle et qui définissait un nouveau champ de qualification pénale organisé en quatre branches: les lois relatives à l'établissement de la police municipale et de la police correctionnelle, toutes deux adoptées le 22 juillet 1791, et les lois relatives au code pénal et à la police rurale, adoptées le 6 octobre 1791. Ces quatre textes comportent au total 299 articles dont 231 incriminations (comportement sanctionné par une peine). Pour être complet, il faut joindre à cet ensemble la loi du 30 janvier 1790 qui définit des principes généraux de détermination des peines repris dans le code pénal d'octobre 1791 (principe de légalité, de non-rétroactivité, suppression de la torture ...).

² A. J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973.

pourquoi nous parlons à son propos de verso du "catéchisme révolutionnaire"³, le recto étant constitué par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et par la constitution de 1791⁴. Ce type de fondement du pénal est particulièrement important à rappeler dans une période comme la nôtre, où le positivisme criminologique, renforcé récemment par des préoccupations sécuritaires, ont placé les questions de l'individu-délinquant et de la dangerosité au centre du débat social, à un moment, donc, où les interrogations et propositions se focalisent et s'engluent souvent dans le "comment punir".

D'autre part, ce texte fondateur est d'autant plus important qu'il n'a jamais été réellement remplacé. Et il n'est pas exagéré de dire que l'ensemble des lois pénales élaboré sous la Convention fonde encore la législation pénale française actuelle. Des débats essentiels ont accompagné sa préparation et son adoption, et ils sont repris, depuis, de façon récurrente. En particulier, ceux sur la suppression de la peine de mort et sur la visée rééducative des sanctions. En outre ni l'énorme travail des juristes napoléoniens ni celui de toute une série de commissions ultérieures de réforme ne sont parvenus à concevoir une autre organisation de la matière pénale. Le code de 1791 est, en quelque sorte, toujours en vigueur, pas seulement en filigrane, mais très directement dans l'identification et la hiérarchisation des intérêts défendus ainsi que dans leur pondération par des peines. Seules les formes de ces dernières ont connu des changements marquants.

Les deux points précédents soulèvent, à l'évidence, un nombre considérable de questions. Et cela, de façon d'autant plus périlleuse que "penser la révolution", même dans ses événements particuliers, implique de prendre position à l'égard d'enjeux tant politiques que scientifiques⁵. La question est, alors, moins de savoir "que penser", que "comment penser". À travers quelles catégories saisir cet entrelacs de faits et de discours, de récits et d'interprétations, pour ne pas se contenter de reproduire, avec zèle ou inconscience, tel ou tel "prêt-à-penser"?

Nous procéderons, ici, de façon progressive, à partir du texte et de sa singularité. Puis, nous le mettrons en relation avec des matériaux de deux types. Les uns sont contemporains du code (Déclaration des droits et Constitution), ce qui nous permettra de préciser la notion de citoyenneté comme ensemble de droits et de devoirs. D'autres, plus anciens, sont des recueils d'infractions établis au XVIII^e siècle; ils nous permettront d'évaluer les continuités et les ruptures contenues dans ces textes de 1791. Enfin, nous dégagerons quelques-uns des principes qui sous-tendent les textes de 1791 et formulerons quelques hypothèses sur la très remarquable survivance de cet ensemble jusqu'à la période actuelle.

³ Expression empruntée à A. Soboul qui qualifie ainsi la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (*La Révolution française*, Paris, Gallimard, 1984, p.183-201).

⁴ Respectivement, 5 octobre 1789 et 3 septembre 1791.

⁵ Voir F. Furet, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, et l'analyse critique du livre dans A. Bergougnieux et B. Manin, "La révolution en question", *Libre*, no 5, 1979, p.183-210.

1 Un ensemble original de textes pénaux

C'est moins l'idée de "code" et l'effort d'unification, de rationalisation et de diffusion qu'elle traduit, qui retiendra tout d'abord notre attention que le texte lui-même pris comme événement, dans sa singularité, "son irréductible émergence"⁶. Ce premier temps de l'approche vise moins à cerner les origines du texte ou les intentions de ses auteurs que son organisation interne: les classifications, les clivages, les pondérations qu'il opère.

Le "code" d'octobre 1791, constitue le troisième volet des dispositions pénales élaborées par la Constituante. Il vise à organiser le pouvoir sanctionnateur des tribunaux qui avaient à connaître des matières criminelles⁷:

Le nouveau système de procédure criminelle que vous avez adopté, ne permet de différer plus longtemps l'établissement du nouveau système des peines: ces deux parties du travail sont intimement liées; les jurés ne peuvent être en activité qu'après la formation du Code pénal, car la procédure par jurés exclut tout arbitraire, et l'arbitraire seul tempérait les vices des anciennes lois criminelles⁸.

La première partie du code, intitulée "Des peines", comprend soixante articles qui définissent les types de peines. Les peines afflictives sont: le cachot, la gêne, la prison, auxquelles sera toujours jointe l'exposition aux regards du peuple. Les peines infamantes sont: pour les hommes, la dégradation physique, pour les femmes, le carcan. Le texte précise aussi leurs modalités concrètes d'application (isolement, nourriture, travail, contact avec l'extérieur...) ainsi que les effets des condamnations et les possibilités de réhabilitation. Il comporte aussi des dispositions fixant des conditions particulières d'application (seuil d'âge, récidive). Notons enfin que ce texte est celui qui institue la première organisation générale des lieux d'enfermement⁹.

La seconde partie du texte, "Des crimes et de leur punition", présente en 163 articles les infractions criminelles. Ce système d'incrimination radicalement nouveau organise le droit pénal selon une rationalité essentiellement politique, au service de l'implantation et de la défense des nouvelles institutions publiques. S'il

⁶ M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969. Nous avons emprunté à Foucault quelques-unes de ses propositions méthodologiques, telles qu'exprimées p. 41 suiv.

⁷ En matière de procédure pénale, les principaux textes, ayant entre autres organisé trois degrés de juridiction, sont ceux du 20 janvier, du 19 juillet et du 16 septembre 1791.

⁸ M. Lepeletier de Saint-Fargeau, *Rapport sur le projet de Code pénal*, Assemblée Constituante, séances des 22 et 23 mai 1791.

⁹ Fin du titre IV: "En conséquence et pour l'exécution des dispositions précédentes, il sera fait choix dans chaque département, soit dans la ville, soit près de la ville où le tribunal criminel est fixé, d'une enceinte propre à réunir l'établissement des cachots, des lieux de gêne et des chambres de détention."

s'agit là d'un trait dominant, il n'est pas pour autant exclusif. Cette rationalité politique coexiste avec trois autres principes de cohérence: la défense d'une morale naturelle individualiste, la défense de certains fonctionnements économiques et celle d'une éthique républicaine. Nous nous attacherons ici à la présentation plus détaillée de cet ensemble.

On peut avancer que c'est par un double mouvement d'affirmation positive de valeurs et de fonctionnements sociaux et de disqualification de leur envers, de leur transgression, que tout ensemble social institue, c'est-à-dire définit, proclame et diffuse les intérêts qu'il entend protéger. Dans ces processus, le droit tient une place éminente par sa fonction de représentation à double face: exprimant d'une part certains états des rapports sociaux et, d'autre part, en en généralisant et promouvant certaines formes. Richard von Jhering analyse dans ce sens le droit comme un ensemble d'intérêts protégés, formalisation juridique de valeurs et d'intérêts sociaux, matériels ou symboliques, particuliers ou généraux¹⁰.

Nous nous sommes efforcés de dégager des regroupements d'incrimination plus précis que ceux du texte lui-même qui se contente de distinguer crimes contre la chose publique et crimes contre les particuliers. Nous avons dégagé de façon inductive quatre grands types d'intérêts et de valeurs construits en biens juridiques défendus par le droit pénal. On peut également parler à leur propos de "rationalités incriminatrices", au sens de principe de cohérence ou d'intelligibilité des textes tels qu'ils ont été produits par les acteurs sociaux pour interpréter les situations dans lesquelles ils se trouvaient et se donner des règles d'action légitimes à leurs propres yeux¹¹. Divers théoriciens du droit utilisent cette notion de rationalité, entendue comme rhétorique légitimante¹². Selon ces auteurs, l'idée de "législateur rationnel" est une pure fiction, créé par le dogmatisme juridique pour normaliser a posteriori l'interprétation des dispositions légales. Cette fiction crée un principe d'intelligibilité du texte et induit des applications stabilisatrices et intégratrices. Toutefois, si la "rationalité" du législateur ne peut être envisagée au sens propre, il est par contre possible à l'observateur de reconstruire inductivement, à partir d'une analyse de discours, la ou les rationalité(s) interne(s) qui donnent au texte sa cohérence. Nous avons appliqué ce mode d'analyse à l'ensemble des textes d'incrimination produits en 1791 (criminel, correctionnel et de police municipale) qui forment un ensemble juridique indissociable.

¹⁰ R. von Jhering, *L'esprit du droit romain* (1852), Paris, Marescq, 1865.

¹¹ R. Boudon et F. Bourricaud, "Rationalité", *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 1982, p. 444-453.

¹² N. Bobbio, "Le bon législateur", *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Bruylant, p.243-249; F. Ost et J. Lenoble, *Droit, mythe et raison: essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1980; M. Van de Kerchove, "Symbolique et instrumentalité. Stratégie de pénalisation et dépenalisation dans une société pluraliste", *Punir, mon beau souci*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1984.

Les quatre grandes rationalités que nous avons dégagées correspondent assez précisément aux principales préoccupations des constituants et de la bourgeoisie censitaire qui domine l'Assemblée. La Déclaration des droits, tout autant que les incriminations formalisées, attestent, certes, d'une volonté d'affirmation symbolique mais constituent également une réponse pragmatique aux questions du moment. Sous une formulation à visée universaliste s'exprime aussi une œuvre de circonstances. L'ensemble des incriminations s'organise autour des axes suivants:

1) *La rationalité politique* vise la défense des institutions et du fonctionnement démocratique selon trois dimensions (N = 82 incriminations):

a) protection de l'État contre les agressions externes (machinations et intelligences avec l'ennemi, provocation à la guerre, complicité) et les agressions internes (complots, guerre civile, révolte des chefs militaires, incendie de propriétés publiques, outrages et menaces à fonctionnaires): 41 incriminations;

b) protection de l'État contre les abus de pouvoir (des ministres, des fonctionnaires et des détenteurs de la force publique, détournement de fonds publics et de documents officiels, concussion, forfaiture, faux publics ...): 27 incriminations;

c) protection des citoyens contre les abus du pouvoir politique, policier, judiciaire et municipal (arrestation, détention arbitraire, violence par un agent de la force publique, éviction d'une assemblée primaire, violation de correspondance...): 14 incriminations.

On peut ajouter à cet ensemble trois infractions correctionnelles et trois infractions de police municipale qui relèvent de la même logique. Il s'agit au total de l'ensemble d'incriminations le plus important sur les plans quantitatif et qualitatif. Les peines en ces matières sont les plus sévères (34 peines de mort) et, lors des débats à l'Assemblée, l'essentiel des discussions fut consacré à ces infractions.

La centration du droit pénal révolutionnaire sur la construction et la défense d'un intérêt politique se manifeste également par l'importance du nombre d'infractions visant exclusivement le personnel politique (ministres et députés), les fonctionnaires et les militaires. Elles sont au nombre de 41 sur 88¹³. Un nouvel appareil d'État était en voie de constitution, son personnel se voyait doté de responsabilités particulières dont dépendaient la sécurité et la crédibilité des institutions et des pratiques politiques.

¹³ Il faudrait y joindre les infractions administratives dites de "police constitutionnelle": "Cette police sera exercée par les supérieurs envers leurs subordonnés; ses moyens de répression sont les monitions, réprimandes, cassation des actes et des corps, suspensions et interdictions momentanées des fonctionnaires; ses principes et ses détails se trouvent dispersés dans les décrets relatifs à l'organisation de chacun des pouvoirs que vous avez constitués" (dans *op.cit.*, note 9). Une loi du 10 mai 1791 créa en particulier une Haute cour nationale chargée de juger les infractions commises par les élus, ministres, généraux, etc.

2) *La rationalité de morale naturelle* se fonde sur une conception jusnaturaliste conforme à la nature de l'homme et non à la nature des choses ¹⁴, conception individualiste, centrée sur les personnes et les propriétés des individus qui ont pris part au "contrat social". L'intérêt protégé, ici, est l'homme, ses biens et ses besoins fondamentaux, ce que l'on pourrait appeler le "patrimoine naturel" de l'individu-citoyen entendu dans ses trois dimensions, corps, honneur et biens matériels. Les 72 infractions constituant ce type se répartissent alors ainsi:

- protection du corps (N = 35, homicides, coups et blessures,, violences diverses, viol, avortement, infanticide, enlèvement);
- protection de l'honneur (N = 4, insultes, injures et dénonciations calomnieuses, bigamie, refus de secours);
- protection des biens matériels (N = 33, cinq types de vol, destruction, pillage, extorsion, atteinte aux animaux d'élevage).

Il s'agit d'une matière essentiellement criminelle pour laquelle sont prévues des condamnations à des peines de fers et à la détention, mais aussi quelques peines de mort. Ce secteur est, nous le verrons plus loin, celui qui se trouve le plus en continuité avec une partie des incriminations de l'Ancien Régime.

3) *La rationalité économique*, qui a une consonance moderne, est en fait présente dans le droit pénal depuis plusieurs siècles. Elle vise la régulation de la circulation économique et la surveillance de certaines activités professionnelles liées au commerce. C'est donc à tort que certains d'auteurs considèrent que le développement du droit pénal économique moderne est en contradiction avec ce qui serait la "sphère naturelle" du pénal. Les infractions sont, ici, essentiellement de deux types (N = 15):

- atteinte à la circulation économique (N = 7, détournement, destruction d'effets et de titres, banqueroutes, faux commerciaux, ententes);
- infractions professionnelles (N = 8, produits falsifiés, faux poids et mesures, fausses marques).

Les infractions de ce domaine de moindre gravité que les précédents se répartissent assez également selon les trois classes. Ce qui conduit à un éventail des peines très contrasté (des fers jusqu'à l'amende).

4) *La rationalité de morale laïque* définit une morale publique du quotidien qui passe en grande partie par un contrôle des formes de vie effusives. Les grandes lignes de cette vertu républicaine, voire d'un "ascétisme"¹⁵, se trouvent au point de convergence d'une série d'interdits à fondement religieux de l'Ancien Régime, désormais laïcisés, et de nouvelles incriminations définissant un ordre public

¹⁴ M. Villey, "Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique", *Archives de philosophie du droit*, no 28, 1983, p.181 suiv.

¹⁵ Selon F. Furet, Robespierre voulut imposer "une frugalité générale à la spartiate" (*Marx et la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1986, p. 26).

quotidien, essentiellement urbain et de rue¹⁶. Cette morale se traduit par la défense de trois intérêts principaux, la stabilité sociale, la productivité et le respect du bien commun. Inversement, on incrimine les pratiques sociales effusives, de dilapidation de l'argent et des forces productives ainsi que les comportements provocateurs. Notons toutefois que ce sont moins les comportements (sexuels, de jeu ...) qui sont réprimés que ce qui les encourage ou les provoque.

On compte ici 17 infractions (attentat aux mœurs, vagabondage, mendicité, insubordination, rixe, contrôle de l'hôtellerie, des clubs, des jeux, troubles aux cultes). Il s'agit du domaine construit comme étant celui de moindre gravité (infractions correctionnelles et de police municipale). Les peines sont moindres (brefs emprisonnements, amendes). Ce secteur présente la particularité d'être celui qui concerne le plus de citoyens sans fonction publique et visés ici par des infractions spécifiques: ouvriers, commerçants, aubergistes, conducteurs mendiants. Rompant avec le principe d'universalité des sujets de droit, la particularisation du droit pénal qui s'amorce ici s'accroîtra au cours du XIXe siècle.

Le tableau 1 présente de façon détaillée les résultats de cette analyse. Il faut maintenant envisager les énoncés positifs qui donnent à cet ensemble original de dispositions pénales sa portée véritable, dans la mesure où elles n'existent que comme envers d'un ordre social en voie de redéfinition.

¹⁶ A. Farge, *Vivre dans la rue au XVIIIe siècle*, Paris, Gallimard, 1979.

Tableau 1
Textes 1791 — Dépouillement

	Code pénal 2e part. spéciale	Police correctionnelle	Police municipale	Total
Nombre d'articles	163	44	48	255 (100%)
Nombre d'incriminations	150	25	16	192 (75,4%)
Textes procédure	0	9	24	33 (12,9%)
Autres textes (dispositions générales: types d'infraction — déf. des peines dispositions particulières: peines-D.I. exécution des peines)	13	9	8	30 (11,7%)
<i>Intérêts protégés</i>				
1. Int. politique, fonctionnement démocratique	a) 41/ b) 27/ 82 c) 14/	3	3	88 (46,2%)
2. Int. de morale "naturelle"	63	7	2	72 (37,3%)
3. Int. économique, liberté et sécurité des échanges	5	4	6	15 (7,7%)
4. Int. ordre laïque, éthique républicaine	0	12	5	17 (8,8%)
			total	192 (100%)
<i>Auteurs</i>				
1. Tous les citoyens	109	15	8	132 (68,7%)
2. Citoyens particuliers:	-	11	6	17 (8,9%)
. aubergistes, commerçants, conducteurs	-	5	6	
. mendiants	-	-	4	-
. ouvriers	-	-	2	-
3. Agents publics:	41	-	2	43 (22,4%)
. fonctionnaires	25	-	2	
. élus, ministres	16	-	-	
			total	192 (100%)

2 De nouveaux droits et de nouveaux devoirs

La Déclaration des droits de l'homme de 1789 comporte 17 articles¹⁷. Neuf d'entre eux concernent plus ou moins explicitement la matière pénale 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 individus contre les abus de pouvoir. On peut regrouper ces articles de la manière suivante:

— délimitation générale du pouvoir de punir: "La liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme, n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits: ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi" (art. 4); "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" (art. 5).

— délimitation spécifique du pouvoir de punir: "Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites..." (art. 7); "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires; et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée" (art. 8).

— liberté de croyance et d'opinion: "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi" (art. 10); "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement; sauf à répondre de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi" (art. 11).

— garantie des libertés individuelles contre les abus de pouvoir: "...Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ..." (art. 7); "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi" (art. 9); "La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique: cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée" (art. 12); "La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration" (art. 14).

Quant au texte de la constitution lui-même, il reprend et développe un peu à différents endroits des dispositions similaires. On trouve dans ces deux textes l'énoncé de la même finalité de la vie en société ("le but de toute association politique") qui est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, la liberté, la propriété, la sûreté et le droit de résistance à l'oppression. Ainsi se trouve défini en plein le "bien commun". Il constitue l'expression directe,

¹⁷ Déclaration rédigée collectivement par la Constituante, sur la base de nombreux avant-projets, les 20, 21, 22, 23, 24, 26 août et 1er octobre 1789 (C. Fauré, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, Payot, 1988).

positive des intérêts et valeurs sociales que l'on entend voir protégés. Sous sa prétention universaliste, ce "bien commun" demeure en partie l'expression d'aspirations catégorielles. Il présente, en effet, toute une série de limitations très tôt relevées¹⁸. L'aspiration à l'universalité connaît de très sérieuses limitations et la citoyenneté s'est trouvée réservée, en fait, à une minorité d'âge, de sexe, de religion et de statut économique¹⁹.

Retenons toutefois l'importance décisive de cet exposé d'intention, de ce programme politique, qui doit être envisagé plus comme l'horizon idéal du régime démocratique que comme une série d'engagements pragmatiques directement opérationnalisables. Ce qui, dans le texte, se présente comme un programme est d'abord l'expression d'un ensemble de nouvelles valeurs vécues qui concernent principalement le rapport au monde, le mode de relation des hommes au social²⁰. Quatre valeurs fondamentales déterminent cette représentation du politique, la liberté, l'égalité, le bonheur et la laïcité. On a déjà beaucoup disserté sur les trois premières, la dernière mérite aussi une attention particulière.

Le trait le plus radicalement novateur de cette Déclaration des droits (et des autres textes qui la prolongent) est sans nul doute son ignorance délibérée de toute référence religieuse. C'est en cela que les travaux de la Constituante française innovent par rapport à ceux de la révolution anglaise²¹ et de la constitution étasunienne²². Seule une formule du préambule fait référence à une autorité supra-humaine, les représentants du peuple œuvrent "en présence de l'Être Suprême". On peut ici se référer à Castoriadis et à son concept d'auto-institution de la société²³. Le propre de la révolution française est de s'accompagner d'une auto-légitimation de ses actions et de se refuser à toute légitimation extra-sociale. Le peuple est sa seule source de légitimité affirmée²⁴. Le roi lui-même, selon la Constitution, cesse ainsi d'être roi de France, pour devenir roi des Français.

Cet aspect nous semble déterminant pour notre matière dans la mesure où il permet de comprendre le caractère indissociable des dimensions de liberté et de sûreté. Aux droits nouveaux, devaient répondre des devoirs nouveaux, et ceci tant de la part des citoyens que de leurs gouvernants. Il n'est pas ici indifférent de

¹⁸ Commentaire critique de Mirabeau, Courrier de Provence, août 1789, no 31; A. Soboul, "Les principes transgressés", *op.cit.*, p. 187 suiv.; J. Morange, "La critique des droits égoïstes", *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, PUF, 1988, p.63 suiv.

¹⁹ Voir, en particulier, la loi du 28 septembre maintenant l'esclavage dans les colonies et celle du 22 décembre 1789 réservant le droit de suffrage aux possédants, "les citoyens actifs".

²⁰ M. Vovelle, *La mentalité révolutionnaire*, Paris, Éditions Sociales, 1985, p. 99 suiv.

²¹ "La liberté restaurée avec la bénédiction de Dieu" (H. Arendt, *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 59).

²² "Nous, dont les noms suivent, qui pour la gloire de Dieu, le développement de la foi chrétienne et l'honneur de notre patrie ..." (A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Génin, 1951, t. 1).

²³ C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 497.

²⁴ A. Bergougnioux et G. Manin, *op.cit.*, p. 208 suiv.

rappeler que l'article 14 de la Déclaration, qui pose le principe du contrôle de la force publique par les citoyens, est un des rares articles du projet initial qui survécut au débat public intense qui eut lieu et qui fut repris en tant que tel²⁵. Si le balancement des droits et des devoirs, formant ensemble le même bien commun, n'est pas encore explicite dans le texte de 1789, il le deviendra en 1795 quand la nouvelle Déclaration des droits l'adoptera pour l'organisation de son contenu. Dès 1791 toutefois, il est clair dans l'esprit des constituants que les dispositions pénales ne trouvent leur sens que comme soutien des nouvelles institutions politiques et des valeurs démocratiques qu'elles ont pour vocation de mettre en acte. Mais s'agit-il d'une véritable rupture par rapport aux conceptions antérieures?

3 Une rupture conceptuelle avec l'Ancien Régime

La critique de l'idée de révolution telle qu'elle a été vécue par ses acteurs principaux et véhiculée par leurs héritiers est au cœur tant de l'analyse politique actuelle que de la réflexion scientifique sur cette période. François Furet reprend sur ce point et même plus loin le flambeau de Alexis de Tocqueville²⁶. La rupture révolutionnaire ne serait qu'une illusion de la Révolution française sur elle-même. En effet, le processus de dissolution des communautés et des États d'origine féodale ainsi que l'extension du pouvoir d'État administratif et centralisateur caractériseraient déjà les deux derniers siècles de monarchie absolutiste. Selon F. Furet, le problème aujourd'hui n'est plus tellement celui du choix entre hypothèse de continuité et hypothèse de rupture, mais plutôt celui "de comprendre comment la continuité imparable d'un phénomène se fait jour à travers la discontinuité apparemment radicale d'une révolution²⁷". Pour ce faire, il propose de mettre à jour la cohérence interne de cette "dynamique politique et idéologique originale" qu'a été la Révolution.

Parmi les surgissements, les événements irréductibles qui ont marqué cette période, la réalisation du premier code pénal fait figure de moment significatif dans la redistribution des catégories d'ordre et de désordre. Plus largement encore, elle atteste d'une capacité nouvelle à organiser et à légitimer la matière juridique.

Les autorités publiques ayant en charge les questions de justice, perçurent dès la fin du XVIIe siècle la nécessité de réformer les incriminations, c'est-à-dire de préciser, unifier et structurer la définition des comportements sanctionnables ainsi que leurs formes de punition. Un tel travail s'inscrivait en continuité directe avec les grandes réformes de procédure introduites en matière criminelle par l'ordonnance de 1670. Le projet ne put cependant être mené à bien malgré des rappels réguliers de sa nécessité. Ainsi, la déclaration du chancelier d'Aguesseau de février 1730: "La décision des questions qui se jugent différemment dans les différentes cours du

²⁵ C. Fauré, *op.cit.*, p. 39.

²⁶ F. Furet, *op. cit.* et A. de Tocqueville, *op. cit.*

²⁷ F. Furet, *op. cit.* , p. 107.

royaume et le rétablissement d'une jurisprudence uniforme dans l'exécution des mêmes lois, ne sont pas les seuls objets que le roi se propose pour le bien de la justice²⁸." Il y eut également la déclaration du roi à "L'État des grands baillages" du 1er mai 1788: "Notre objet invariable dans la révision de nos lois criminelles est de prévenir les délits par la certitude et l'exemple des supplices, de rassurer l'innocence, en la protégeant par les formes les plus propres à la manifester; de rendre les châtiments inévitables, en écartant de la peine un excès de rigueur qui porterait à tolérer le crime plutôt qu'à le dénoncer à nos tribunaux; et de punir les malfaiteurs avec toute la modération que l'humanité réclame et que l'intérêt de la société peut permettre à la loi²⁹."

On le voit, les écrits de Beccaria parus en 1764 et plus largement "le progrès des lumières" avaient atteint les plus hautes autorités publiques: "Depuis la rédaction de cette ordonnance (1670) le seul progrès des lumières suffirait pour nous inviter à en revoir attentivement les dispositions, et à les rapprocher de cette raison publique, au niveau de laquelle nous voulons mettre nos lois³⁰". De leur côté les réformateurs ultérieurs à Beccaria, toujours prolixes sur la question pénale, ne proposèrent cependant aucune systématisation significative. Chacun retint des principes de classification différents, selon l'objet du délit (Filiangeri, 1784; Marat, 1790), selon la cause du délit (Verneuil, 1781), selon le fondement de la règle pénale (de Pastoret, 1790), selon le type de peine (Thorillon, 1788). Plusieurs auteurs s'approchèrent du modèle construit en 1791 sur la base des notions d'intérêts à protéger (Montesquieu, 1748; Beccaria, 1764; et surtout Brissot de Varville, 1780³¹).

Mais ce sont d'autres matériaux qui ont surtout retenu notre attention pour comprendre la situation des incriminations sous l'Ancien Régime. Aux côtés des écrits des réformateurs, on trouve en effet un certain nombre de compilations de textes, presque des manuels destinés aux juristes praticiens. Il s'agit d'inventaires des ordonnances royales illustrées et complétées par les solutions jurisprudentielles les plus significatives. Ainsi par exemple, celle de G. du Rousseaud, avocat au parlement de Paris, qui rédigea un traité sur la base de 86 textes royaux répartis entre 1556 et 1764³². Il s'agit ici d'un ouvrage destiné aux professionnels du droit où l'auteur expose en 17 sections les caractéristiques des principaux types d'infractions. La cohérence de l'ensemble n'est toutefois pas évidente et on passe souvent du descriptif minutieux d'une incrimination spécifique (Section 3 : Du

²⁸ F. d'Aguesseau, *Œuvres complètes*, Paris, Fantin, 1819, "Correspondances officielles", t.11, p. 490 suiv.

²⁹ *Archives Parlementaires*, 1ère série, t. 1, p. 309

³⁰ *Ibid.* p. 309.

³¹ Brissot de Varville fait référence à la notion "d'intérêt social lésé" et propose le plan d'un "code criminel universel".

³² G. du Rousseaud de la Combe, *Traité des matières criminelles*, Paris, Durand, 1769. Cet ensemble comporte 52 textes décrivant des infractions, 25 relatifs à la procédure et 9 à l'exécution des peines.

maquerillage) à une synthèse très personnelle d'un secteur infractionnel complexe (Section 5: Du crime de lèse-majesté humaine). Le respect du principe de légalité (tel acte, telle peine) semble encore, au vu de ce recueil, très éloigné de la manière dont les professionnels eux-mêmes parviennent à rationaliser leur matière.

Nous avons accordé une attention particulière à un recueil anonyme publié à Paris en 1752 et déjà intitulé *Code Pénal*³³. Il s'agit d'un recueil à visée pratique: "Les ordonnances de nos rois qui prononcent des peines contre les crimes, sont répandues dans un si grand nombre de volumes, qu'il est très difficile de les rassembler dans leur ordre naturel sur chaque objet. C'est ce qui a fait naître l'idée de cette collection ..." Cet ouvrage rassemble plus de trois cents textes et les classe en cinquante titres. Son originalité majeure réside dans le fait que l'inventaire est précédé "d'un essai de maximes, où l'on a tâché d'exprimer la substance des loix criminelles". Ces maximes sont rédigées sous une forme relativement proche de celle qui sera reprise dans le code de 1791. Elles décrivent de façon précise les comportements incriminés (éléments matériels et parfois intentionnels) en indiquant les peines habituellement prononcées. L'analyse de ces maximes nous a permis de dégager 285 incriminations qui donnent un panorama assez complet de l'état des incriminations à la fin du XVIII^e siècle.

Quatre grands types d'intérêt protégé sous-tendent la matière pénale³⁴:

- intérêt politique: (113, 39,7%)
- intérêt religieux: (74, 26%)
- intérêt économique: (52, 18,2%)
- intérêt de morale naturelle: (46, 16,1%)

A) Droit pénal et rationalité politique

Le point le plus important à relever est sans doute l'importance des incriminations relevant, ici aussi, d'une rationalité politique. Cet ensemble est formé des matières suivantes: crimes de lèse-majesté humaine³⁵, rébellions, faux en matière publique, malversation des ministres et officiers publics, duels, vagabondage, délit d'édition. Il s'agit d'un ensemble de comportements qui constitue à des degrés divers une menace pour les institutions et l'autorité du pouvoir royal. Cette prédominance s'explique par le lien qui a toujours été très fort en Europe entre histoire du droit pénal et absolutisme. La formation d'un droit

³³ *Code Pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations sur les crimes et délits*, Paris, Desaint et Saillant, 1752.

³⁴ Une répartition du même type peut être dégagée du recueil de de Rousseaud qui donne simplement une place moindre aux infractions religieuses; il les situe quantitativement au niveau de celles de morale naturelle et économique.

³⁵ Crimes de lèse-majesté humaine (par opposition à lèse-majesté divine) divisés en deux groupes: au premier (toutes atteintes à la personne du roi, trahison, agitation séditieuse) et au deuxième chef (désertion, port d'armes illicite, formation d'armée, fortification et tenues d'assemblées non autorisées).

répressif unifié serait symptomatique du passage de la "Cité-État" à "l'État-Nation". La base de toute incrimination résiderait alors dans l'atteinte à la souveraineté du gouvernant, sa personne, ses représentants, ses instruments, ses biens, puis par extension analogique dans l'atteinte à la personne et aux biens de tous ses sujets. L'intérêt protégé est celui de la "Majestas", concept politique désignant un ordre politique et hiérarchique tendant au maintien d'un système de pouvoir. Dans ce sens, la "Majestas" ne renvoie pas à un certain état social mais à un certain type de rapport entre gouvernant et gouverné³⁶.

Le crime de lèse-majesté et par extension tous les délits politiques seraient la matrice du droit pénal moderne dans la mesure où ils auraient fourni un cadre théorique pour toutes les interventions politico-juridiques ultérieures de l'État. Mario Sbriccoli parle à ce propos de véritable déploiement d'une pédagogie autoritaire étatique.

Le moment révolutionnaire est ici particulièrement intéressant à analyser. Il s'inscrit en continuité avec un principe historique, celui des relations privilégiées entre institutions politiques et droit pénal. De plus, il reprend une forme, celle des atteintes à la "Majestas", mais il place à l'intérieur un autre contenu, celui de la défense des institutions républicaines. Enfin, il élabore un nouveau principe de légitimation, celui de "la volonté du peuple". Le droit pénal continue donc ainsi à être porté par une rationalité essentiellement politique, mais ce sont d'autres concepts, relatifs à une autre forme de gouvernement (la démocratie), qui en assurent l'opérationnalisation.

B) Droit pénal et rationalité religieuse

Le deuxième groupe d'incriminations par importance quantitative est celui formé par les infractions portant atteinte à des valeurs et intérêts de type religieux. Sur un plan qualitatif il s'agit peut-être même du groupe dominant dans la mesure où les recueils étudiés placent en tête ces infractions dans leur classement. On a regroupé ici deux grands types d'incrimination: d'une part, les comportements qui portent atteinte aux croyances et rites religieux (hérésies, blasphèmes, sacrilèges, magie) ainsi que les délits commis par les religieux; d'autre part, tout un ensemble d'infractions relatives aux mœurs et à la famille, l'église étant à l'époque en ces matières le principal organisateur des comportements (mariage, infanticide, adultère, polygamie, débauche).

Ce groupe est celui qui sera le plus profondément transformé en 1791. Les infractions de la première partie donneront lieu à une décriminalisation massive: "Vous allez enfin voir disparaître cette foule de crimes imaginaires qui grossissaient les anciens recueils de nos lois. Vous n'y retrouverez plus ces grands

³⁶ Cette thèse a été développée par l'historien du droit italien M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

crimes d'hérésie, de lèse-majesté divine, de sortilège et de magie, dont la poursuite vraiment sacrilège a si longtemps offensé la divinité et pour lesquels, au nom du ciel, tant de sang a souillé la terre³⁷." Quant aux infractions concernant la famille et les mœurs, leur fondement se verra totalement laïcisé.

C) Droit pénal, rationalités économiques et morale naturelle

Les deux derniers groupes d'infractions, à peu près équivalents en importance, connaîtront, à l'inverse des précédents, de très faibles changements. Tant leur poids quantitatif que leur contenu demeureront relativement stables; quant à leur fondement, il ne connaîtra aucune modification significative. Tout au plus peut-on relever un plus grand matérialisme dans les dispositions de 1791 où les atteintes à la propriété sont nettement plus développées et diversifiées. La notion de "propriété" sous l'Ancien Régime était moins absolutiste que celle qui s'imposera à la fin du XVIII^e siècle³⁸.

Enfin, il importe de souligner la place tenue par les dispositions de droit pénal économique. Nos données attestent de l'ancienneté de ce secteur que l'on présente aujourd'hui souvent comme une nouveauté du droit contemporain. Le nombre d'infractions, les enjeux concernés (négoce de matériaux précieux, banqueroute, monopole, usure, faux en matière commerciale, contrebande ...) ainsi que la dureté des peines (mort, galère, bannissement ...) montrent bien que la défense de l'ordre public et de l'autorité royale incluait, déjà, de façon significative ce secteur d'activité sociale.

Alors, au total, continuité ou rupture? Rupture certainement et pour au moins trois grandes raisons. Tout d'abord, si l'idée de codifier le pénal était dans l'air, si des projets étaient annoncés, si des tentatives privées avaient eu lieu, il fallut attendre 1791 pour qu'une autorité publique mette en forme le domaine et en fasse un des moments forts de cette période "constituante". Jusqu'alors le principe de légalité des délits et des peines, garantie essentielle contre l'arbitraire, n'avait été qu'un vœu; il était désormais reconnu comme principe fondamental du droit pénal moderne. D'autre part, cette première codification n'a pas été la simple mise en ordre d'une matière préconstituée. Elle a permis la formulation d'infractions, l'élaboration de principes d'organisation et de modes de légitimation radicalement nouveaux. Nouveaux et à ce point fort que cent cinquante ans plus tard on n'en a toujours pas dégagé d'autres. Enfin, des changements déterminants sont intervenus dans les modalités d'exécution des peines, qui sont désormais égalitaires, personnelles et temporaires. La peine de mort est très débattue, on ne la conserve en principe que pour une période transitoire ... qui durera jusqu'en 1981.

³⁷ M. Lepeletier, *Rapport sur le projet de code pénal*, Paris, Imprimerie nationale, 1791, p.7.

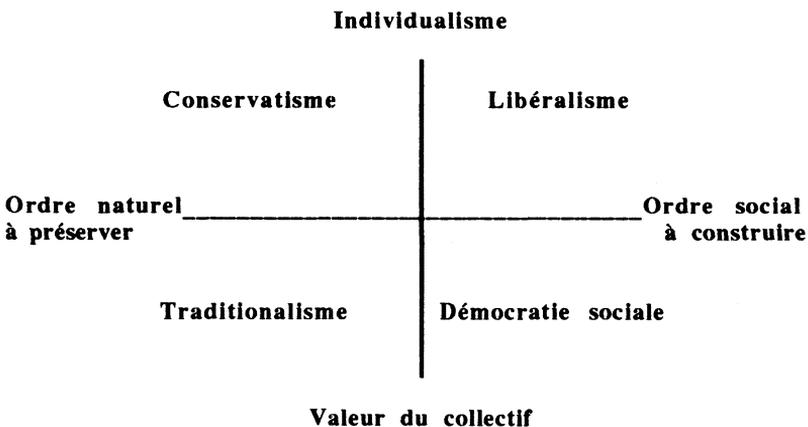
³⁸ P. Lascoumes et H. Zander, *Marx, du vol de bois à la critique du droit*, Paris, PUF, 1984, p. 239 suiv.

Les principes empiriquement dégagés et mis en œuvre dans la législation pénale révolutionnaire ont encadré pour longtemps les débats sur "le crime et sa sanction". Leur apport majeur est d'avoir dénaturalisé la notion de transgression, d'avoir écarté une approche en termes naturalistes et religieux au profit d'une approche en termes sociaux. L'ordre public ne se présente plus, désormais, comme l'expression locale d'un ordre naturel et divin, mais comme partie intégrante et condition d'accomplissement du contrat social. Toutefois cet ordre public laïcisé donne lieu à des interprétations divergentes (dès 1791 et encore aujourd'hui) dont nous présenterons les principaux axes. Quant au texte du code pénal lui-même, nous rappellerons les moments clefs de son impossible réforme et les voies de son contournement.

4 Les axes du débat sur le crime et sa sanction

Nous présenterons ici de façon synthétique les dimensions qui nous semblent avoir sous-tendu les débats ayant accompagné la réalisation des textes pénaux de 1791. Ce qui est alors en jeu c'est la définition d'un régime démocratique et des conditions permettant d'en assurer la viabilité. Il s'agit, d'une part, de garantir la défense des nouvelles institutions publiques et, d'autre part, ou plutôt à cette fin, d'assurer une discipline générale par la valorisation d'une certaine citoyenneté. On peut dégager à l'aide d'un schéma les lignes de force des discours tenus à l'époque.

Axes du débat sur le crime et sa sanction



Les débats peuvent être organisés autour de deux axes³⁹. Le premier est relatif à "l'ordre du monde" avec ses deux pôles, "ordre naturel à préserver" (le monde comme œuvre de Dieu ou de la Raison naturelle) et "ordre social à construire" (le monde comme œuvre des hommes). Cette seconde position, tout à fait originale à l'époque, introduit une nouvelle conception du pénal. On quitte ici la notion classique de sanction individuelle et expiatoire au profit d'une conception utilitariste à visée collective selon laquelle la peine peut servir le bien commun.

Le second axe est relatif au système de valeurs dominant, avec ses deux pôles "individualisme" (valeurs et actions individuelles: la peine vaut d'abord par rapport à soi-même) et "valeur du collectif" (la peine vaut d'abord par rapport aux autres).

La combinaison de ces deux axes permet de préciser quatre positions principales en matière pénale. Deux d'entre elles sont dominantes et font s'opposer "conservateurs" et "Jacobins".

Les conservateurs (individualisme, ordre naturel à préserver) s'attachent avant tout à la défense des biens privés et des autorités traditionnelles (le roi, l'Eglise, le père de famille). Ce qui les caractérise le mieux est leur conception de la peine qui doit combiner vengeance sociale et expiation. La sanction, à fondement rétributif, doit non seulement être une privation de liberté, au sens de mise à l'écart, mais encore s'accompagner de souffrances, car elle doit tendre vers la résipiscence du coupable⁴⁰.

À l'opposé, les Jacobins (valeur du collectif, ordre social à construire), partisans actifs d'une démocratie sociale, sont les défenseurs des valeurs prérépublicaines (le pays et une grande partie d'entre eux sont encore largement royalistes). Le pénal doit intervenir comme soutien des nouvelles institutions et contribuer à la diffusion des valeurs de la "citoyenneté". Leur position est donc répressive, mais selon une conception axiologique du pénal, c'est-à-dire au profit de nouvelles valeurs. Par contre, ils sont fermement opposés aux peines d'Ancien Régime et préconisent des peines éducatives, susceptibles d'assurer l'apprentissage des vertus républicaines. Le travail obligatoire et utile est indissociable de cette position pénale. Les propositions du rapporteur du code pénal de 1791, Le Pelletier de Saint Farjeau, sont exemplaires de cette position.

Deux autres positions intermédiaires peuvent être précisées; moins manifestes, elles apparaissent cependant dans des interventions individuelles au cours des débats.

³⁹ Un troisième axe est sous-jacent aux deux premiers, il diviserait le champ en oblique à partir des pôles "Conservatisme" et "Démocratie sociale" et équivaldrait à un axe d'opinion politique "Droite-Gauche". Mais cela n'avait à l'époque pas encore grand sens. Nous ne l'avons donc pas pris en considération.

⁴⁰ Quelques années plus tard, A. de Tocqueville exprimera une conception de la pénalité assez proche de celle-ci.

Les "traditionalistes" (valeur du collectif, ordre social à préserver) s'attachent surtout à la défense des valeurs rurales et des statuts sociaux (les ordres de l'Ancien Régime). S'ils se réfèrent à un ordre social naturel, c'est celui des collectivités agricoles encore fortement marquées par les liens féodaux de solidarité et d'obligation. Leur conception de la peine est dominée par la notion d'expiation religieuse et de rédemption. Ils sont ainsi les défenseurs de peines comme la marque ou la flétrissure.

Quant aux "libéraux" (individualisme, ordre social à construire), ils valorisent au premier chef l'action individuelle et la recherche du bonheur personnel considérés comme source du bien-être collectif. Peu favorables à un État fort, ils accordent par contre beaucoup d'importance à la mise au travail de tous. La peine doit donc être productive et passer si nécessaire par un travail utile et forcé. Les positions du duc de Liancourt, rapporteur du Comité de mendicité sont significatives de cette conception⁴¹.

Ainsi, dès 1791 les axes principaux de débat sur la matière pénale sont tracés. S'ils se modifieront peu ultérieurement, c'est que la question de la sanction a été inscrite dans une perspective d'utilité collective. Et il est intéressant de constater aujourd'hui qu'un des points forts des discours abolitionnistes est précisément la mise en question de l'utilité sociale de la sanction pénale. Il y a là une image, une croyance collective, vieille de bientôt deux siècles, qu'il est difficile d'ébranler sans renouer avec la métaphysique de l'ordre naturel individualiste.

5 Un code pénal, pour toujours?

Le "code" est la forme légale qui se trouve au sommet qualitatif de l'œuvre législative; il en est l'expression la plus achevée. Il constitue aussi l'apogée de la légitimité légale rationnelle des démocraties bourgeoises du XIXe siècle. Cette ambition est-elle encore tenable au XXe siècle? Comment et à quels coûts?

En France, à quatre reprises (1892, 1934, 1980 et 1985), on a assisté à des échecs répétés de tentative de refonte du code pénal. Plus exactement, on a rencontré des difficultés à faire entrer dans l'agenda politique un projet de réforme achevé. Le système formel de décision politique a, chaque fois, fait obstacle à la menée à terme de ces processus qui pourtant avaient exigé plusieurs années de travail de commissions d'experts. Le travail technique accompli, il ne se trouva pas, au bout du compte, d'entrepreneur politique suffisamment motivé ou suffisamment puissant pour parachever l'œuvre. Dans ces différents cas de figure, il est certain que le poids symbolique de l'entreprise et donc ses risques politiques ont joué grandement contre celle-ci⁴².

⁴¹ Rapport du Comité de mendicité du 30/9/1790, *Archives Parlementaires*, 1790, p. 742.

⁴² Sur la notion d'agenda politique, R. Bauer (dir.), *The study of policy formation*, New York, The Free Press, 1968; M. Olson *et al.*, "Theories of social conflict", *Annual Review*

En 1980, le ministre de la Justice substitua au texte de la commission, qu'il considérait comme trop général et trop libéral, un texte d'opportunité connu sous le nom de loi "Sécurité et Liberté". En pleine période de préoccupation sécuritaire ce "coup de poing législatif" était censé mieux répondre aux besoins électoraux du gouvernement en place en vue de l'échéance présidentielle de 1981. Le contexte fut tout autre en 1985, le nouveau ministre de la Justice avait présidé en personne les travaux de la commission refondue. Il avait même assuré la version finale du texte. Mais arrivant en fin de législature, le projet ne fut pas inscrit à l'ordre du jour de la dernière session parlementaire⁴³. À chaque fois, contingences électorales, spécificités du problème en cause et incertitude sur les gains prévisibles de l'opération conduisirent au retrait du texte.

En tant qu'enjeu politique, le code pénal se trouve donc dans une position très paradoxale. On n'a de cesse de dénoncer l'archaïsme d'une législation usée par bientôt deux siècles d'histoire. Mais en même temps, il n'est jamais temps de porter atteinte à ce monument, comme si une dose, incontestée, de passéisme pouvait être ici conservée sans grands risques. La situation mérite réflexion. Au fond, est-il encore possible de codifier? François Ost rappelle que la pratique de codification est historiquement liée soit à un moment révolutionnaire (1791), soit à une forme de despotisme plus ou moins éclairé (1810)⁴⁴. Il y a dans tout code une dimension d'absolutisme juridique qui exige un certain absolutisme politique. La démocratie pluraliste aurait donc du mal à mener à terme un tel projet. Son mode d'intervention favori serait plus particulariste que totalisant, et privilégierait les actions tactiques sur les opérations programmatiques de définition et de protection du "bien public". De là découle sans doute la cavalcade de lois de réforme ponctuelles qui nourrissent, en Europe, un important sentiment "d'inflation législative".

Une dernière remarque pour conclure. Si les "grands projets de réforme" n'ont pas abouti, ils constituent cependant des brouillons importants dans lesquels on puise à l'occasion pour réaliser telle ou telle réforme législative. Les analyser permet de saisir certaines lignes d'évolution contemporaines. On peut alors relever au moins un changement d'orientation radical. Nous avons souligné plus haut à quel point le droit pénal avait été pensé en 1791 à travers des notions essentiellement collectives. Cette orientation a été explicitement maintenue dans le Code pénal napoléonien de 1810. L'exposé des motifs réalisé par Target (plus conservateur que jacobin) précise:

of Sociology, 1971, no 4, p. 291 suiv.; J.G. Padioleau, "La lutte politique quotidienne: caractérisation et régulations de l'agenda politique", *L'État au concret*, Paris, PUF, 1982, p.23 suiv.

⁴³ Plus exactement on donna au ministre Badinter une gratification de pure forme en le laissant déposer le projet au Sénat, ce qui était une évidente voie de garage pour un texte que le premier ministre de l'époque trouvait politiquement risqué dans un contexte électoral qu'il savait défavorable.

⁴⁴ F. Ost, "Codifier en 1987", *Journal des procès*, no 116, nov.1983.

Les crimes les plus pernecieux, et par conséquent les plus graves, sont ceux qui attaquent la sûreté publique, qui ébranlent les fondements de l'ordre et de la République, parce que, dans un seul attentat, ils contiennent tous les maux, tous les crimes. Viennent ensuite ceux qui attentent à la vie et à la sûreté des individus.

Or ce dont témoignent tous les projets contemporains de révision, c'est du renversement complet de ces priorités. La défense de l'ordre public ne repose plus sur une notion collective du bien commun, elle se trouve recentrée sur des valeurs individualistes, "la personne" et "la propriété". Dans les deux derniers projets, ce sont d'ailleurs ces parties que l'on a surtout approfondies et que l'on a placé en tête du document final⁴⁵. Il y a là une énorme lacune, ou une révolution copernicienne inavouée ou inconsciente. On doit ainsi constater que la défense des intérêts politiques (terrorisme, atteintes par l'État aux libertés publiques, fonctionnement démocratiques des services administratifs), ainsi que les infractions qui occasionnent l'essentiel du coût du crime, des atteintes à la vie humaine importantes et des dommages sociaux à long terme (fraude fiscale, fraude financière, pollution industrielle, hygiène, sécurité du travail et des produits consommés...) ne sont pas considérés comme des incriminations prioritaires et devant figurer à ce titre dans le code pénal.

Faut-il y voir une apparente dépolitisation du droit pénal, son repli commode sur une morale individualiste présentée faussement comme naturelle? S'agit-il d'un refus, d'une peur ou d'une impuissance à fonder une morale contemporaine véritable?

Dans un autre sens, on peut voir dans cette réorientation majeure des intérêts protégés l'expression d'un phénomène sociologique reconnu, celui de l'affirmation contemporaine de l'individualisme. Selon Durkheim, dans les sociétés industrielles modernes, l'homme deviendrait "la mesure de toutes choses", référence fondamentale, aussi bien pour lui-même que pour la société. Durkheim préfère d'ailleurs parler "d'égoïsme", dans un sens non moral, comme fondement de la morale collective des sociétés modernes⁴⁶. La plupart des grands auteurs contemporains, tels Simmel, Parsons ou Sennett ont repris, enrichi et complexifié cette perspective. Le droit pénal ne ferait alors qu'exprimer par ses formalisations une réorientation culturelle fondamentale.

Une dernière hypothèse mérite aussi quelque attention. Ne peut-on pas voir, en effet, dans cette réorientation radicale, dans ce renversement des priorités, les effets d'un pouvoir médiatique et des choix imposés par un mode de gouvernement au sondage? Les préoccupations sécuritaires de ces dernières années ont cantonné les représentations de la "dangerosité" et de la "menace sociale" sur certaines formes

⁴⁵ Voir P. Lascoumes, "La révision des codes pénaux, comme entreprise politique et comme redistribution des intérêts protégés", *Journal des procès*, no 116, nov. 1983.

⁴⁶ É. Durkheim, *Le suicide. Étude sociologique*, Paris, Alcan, 1912.

d'atteintes aux biens et aux personnes et ont laissé dans l'ombre d'autres formes d'atteintes non moins préjudiciables.

Ainsi, si le pouvoir de punir est un attribut classique des États modernes, sa gestion contemporaine l'a ravalé souvent à un rang d'instrument de gouvernement, de technique d'intervention à la recherche d'une efficacité sociale quantifiable et où la défense du "bien commun" s'émiette dans la protection d'intérêts atomisés et néocorporatistes.

Pierre LASCOUMES
Groupe d'analyse des politiques publiques
CNRS - Université de Paris 1

Résumé

Le Code pénal français, ce verso oublié du catéchisme révolutionnaire, est ici envisagé en parallèle avec la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et de la constitution de 1791. L'examen des débats entourant son adoption et l'analyse de son contenu permettent d'identifier les enjeux politiques et les valeurs sociales qui s'affrontent durant cette période. En conclusion, l'auteur évoque la difficulté, malgré plusieurs essais, de transformer ce code pénal pourtant jugé désuet.

Summary

The french *Code pénal*, a forgotten facet of the revolutionary credo, is analysed here in conjunction with the *Déclaration* of 1789 and the constitution of 1791. The study of the debates surrounding its enactment is used to identify conflicting political stakes and social values. In conclusion, reasons are brought forth to understand the opposition to its long awaited amendment.