PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Pierrette Poncela
Pierre Lascoumes

Réformer le code pénal

Où est passé l'architecte ?

Ce sont *les voies du droit*. Des voies menant vers plus de souffrance et plus de lois, ou retrouvant le sens et le respect du droit ? Question pressante pour le juriste, qui voit surgir ici ou là des signes avant-coureurs de bouleversement.

Le plus visible est l'accroissement en nombre. Il se mesure d'abord aux normes juridiques produites. Egalement à la multiplication des lieux où se dit et se fait le droit : nationaux, infra- et supranationaux. Quand il s'y ajoute d'autres phénomènes, de nouvelles techniques de communication par exemple, la conception traditionnelle, immobile, unidimensionnelle, hiérarchisée, s'en trouve bousculée, révélant peut-être une mutation des logiques.

A l'horizon, d'autres figures possibles, des modèles relevant d'une autre cohérence : mobiles, pluridimensionnels, aléatoires. Autant de vérités que chacun est amené à saisir à travers sa discipline et son itinéraire propres.

Faire apparaître ces vérités, n'en imposer aucune, éviter le glissement inconscient de l'une à l'autre, tel est le projet de cette collection d'essais au sein de laquelle une série particulière de *signes* voudrait attirer l'attention du juriste et du citoyen sur les mutations du droit et de la société qu'il régit. Projet d'ouverture d'une discipline longtemps fermée sur elle-même : ouverture nécessaire à qui veut aujourd'hui penser le droit.

signes

Réformer le Code pénal

« LES VOIES DU DROIT »

COLLECTION DIRIGÉE PAR MIREILLE DELMAS-MARTY

ET GÉRARD TIMSIT

023902878 34

Réformer le Code pénal

Où est passé l'architecte ?

Pierrette Poncela

Pierre Lascoumes



Presses Universitaires de France

02

1999 - 3271

DL-14 09 1998 36924

ISBN 2 13 049425 0

Dépôt légal — 1re édition : 1998, septembre

© Presses Universitaires de France, 1998
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

BIBLIOTHÈQUE DE FRANCE NATIONALE

SOMMAIRE

Introduction 9

I – La codification, une œuvre de rationalisation et de réforme 17
II – Le champ du droit pénal 27

PREMIÈRE PARTIE

UN BÂTIMENT BAROQUE :
LA STRUCTURE DU NOUVEAU CODE PÉNAL

Chapitre premier – Les grandes lignes de transformation du Code pénal (1791-1992) 45

Chapitre II – Les catégories générales du droit de punir 55

I – Des textes plus nombreux mais de qualité incertaine . 56
II – Les conditions générales du droit de punir 59
III – Les instruments d'un droit de punir élargi 63

Chapitre III – Les classifications de l'ordre public 68

I – Structurer l'ordre public 71
II – La distribution générale des pièces dans le Code pénal 74
III – Une nouvelle hiérarchisation des intérêts protégés . . . 82

DEUXIÈME PARTIE

ENTRE LE LABORATOIRE ET LE CONSEIL DU PRINCE : LE TRAVAIL DES COMMISSIONS DE RÉFORME

Chapitre premier – Relativement classique ou résolument moderne : la première commission de réforme (1972-1981) . . . 103

I – Une commission à la légitimité politique fragile 104
II – Une conception technique de la codification 114
III – Une production importante 128

Chapitre II – Les droits de l'homme à l'épreuve de l'inertie juridique : la deuxième commission de réforme (1981-1991) 156

I – L'appel à de nouvelles valeurs 158
II – Continuités et recyclages 163
III – Des relations ambiguës avec le politique 166
IV – A la recherche d'une bande-annonce : les exposés des motifs 171
V – Droit pénal général : le piétinement 176
VI – Des incriminations redistribuées et réévaluées 179
VII – Le livre V n'aura pas lieu 184

TROISIÈME PARTIE

LES COMPROMIS POLITIQUES : DÉLIBÉRATIONS ET TENSIONS PARLEMENTAIRES

Chapitre premier – La production coûteuse d'un consensus 203

I – Le NCP comme enjeu politique dans le cadre du travail parlementaire 203
II – Une procédure parlementaire chaotique 209
III – La recherche d'un consensus politique 215
III – Les coulisses du consensus politique, le travail en commission 225

Chapitre II – Délibérations et tensions parlementaires 231

I – Quel Code et pour quoi faire ? 231
II – La politique pénale des groupes politiques parlementaires 241
III – Principaux débats et affrontements 249

Conclusion 275

I – Une réforme sans méthode ? 275
II – Un code technique ou un système référentiel ? 278
III – Quels droits de l'homme comme fondement du Code ? 285

Annexes 289

BIBLIOTHEQUE DE FRANCE NATIONALE

Introduction

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 redéfinition de l'ordre public, à savoir une redistribution des catégories définissant l'ordre et le désordre social et permettant d'en sanctionner les transgressions[1]. Les débats politiques pas plus que la mobilisation de groupes sociaux et professionnels n'ont été très percutants. Ce chantier public fondamental est resté confiné pour l'essentiel dans les argumentaires techniques des 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 organisation et se donne les moyens de la défendre. Les lois pénales instituent symboliquement et matériellement les principes et les techniques qui assurent le pouvoir légitime de punir[2]. C'est pourquoi elles ont un caractère profondément politique, au sens où elles sont un des principaux instituants de la « chose publique », dans sa double dimension d'énoncé symbolique des valeurs et des intérêts qui la fondent et d'instrument d'application de la violence légitime.

* Cette recherche a pu être réalisée grâce au financement accordé par la Mission de recherche droit et justice du ministère de la Justice, et par le Groupe d'analyse des politiques publiques (CNRS).

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*, Hachette, 1989. Le premier Code est adopté le 6 octobre 1791.

Le premier Code pénal français fut une des dernières productions de la Constituante. Il avait été conçu comme le verso du « catéchisme révolutionnaire »[1], 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 rédacteurs et faisait explicitement du droit pénal une branche du droit public[2]. Il était déjà étroitement associé à la conception des droits de l'homme et du citoyen officialisée alors. Le premier Code pénal a 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 réellement transformé. Le Code napoléonien est en parfaite continuité avec les grandes catégories de l'ordre public posées au moment de la Révolution et innove peu sur le plan technique[3]. Depuis, malgré quelques tentatives, aucun projet de réforme d'ensemble n'avait abouti[4]. 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 connu et qui en avaient déséquilibré la structure. Il semblait logique de considérer ce texte comme « un instrument juridique obsolète » et de rechercher une nouvelle formulation d'en-

1. Expression empruntée à Albert Soboul, *La révolution française*, Gallimard, 1984, p. 183-201.

2. 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 parti 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*, PUF, 1988, t. 1, p. 229-239. Également in *Au nom de l'ordre...*, *op. cit.*, « Les travaux du comité de législation criminelle », p. 97-102

3. Ce qui n'empêche pas la plupart des enseignants et des chercheurs en droit d'en rester au Code de 1810 et de continuer à ignorer ses origines directes (1791) et indirectes (les projets de Code du XVIII[e]).

4. 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, Les mouvements de la législation pénale (1815-1940)*, Ministère de la Justice, GAPP-CNRS, 1992.

semble[1]. En 1978, le président Giscard d'Estaing annonce « l'année 1979 sera marquée par le premier examen, devant le Parlement, du Nouveau Code pénal ». En fait il faudra attendre pour cela encore dix ans d'élaboration, de négociation de compromis et de recherche de soutien politique.

L'analyse de la réforme du Code pénal présente différents intérêts pour la recherche juridique. L'entreprise de réforme est lancée en 1966 par Pierre Arpaillange, alors au cabinet du garde des Sceaux Jean Foyer, sous forme de 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 1er mars 1994. Cet ouvrage se propose de reconstituer le long travail d'analyse critique et de catégorisation effectué par les commissions d'experts successives puis par les parlementaires pour repenser la matière pénale codifiée, pour en tracer les limites, pour organiser les grands registres d'atteintes fondamentales au bien commun et déterminer les formes de sanctions légitimes, et enfin, pour ordonner et hiérarchiser les différentes infractions retenues à l'intérieur de la matrice générale[2]. Notre approche relève d'une sociologie politique du droit[3] qui considère les dispositifs juridiques comme des instruments essentiels de l'exercice du pouvoir, de sa formulation et de son cantonnement, de sa légitimation et de sa perpétuation. Certes, comme en 1791 et en 1810, la promulgation d'un Nouveau Code pénal est d'abord un acte politique qui engage une conception des intérêts fondamentaux de la société et de l'organisation étatique qui en est le garant. Cependant, cette décision et le long processus qui l'a précédé, ne peuvent être réduits soit à l'imposition arbitraire d'une conception idéologique de l'ordre social, soit à une pure

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

2. 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.

3. Telle que l'a définie J. Commaille, *L'Esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, p. 30-38

étape de rationalisation de l'ordre juridique. Pas plus que le Nouveau Code pénal ne peut être résumé à un projet « Badinter-Mitterandien », expression d'un socialisme humaniste, il ne peut être ramené à une simple construction technique faite par les juristes pour les juristes. Notre démarche se propose, comme nous l'avons fait précédemment[1], d'ouvrir la boîte noire de la mise en forme juridique de l'ordre public, de rendre compte des diverses activités sociales, juridiques autant que politiques, qui ont conduit aux formulations retenues. Nous prenons le droit pénal comme un terrain d'observation des décisions publiques et nous reconstituons les modalités par lesquelles certains enjeux sociaux sont sélectionnés et traduits en dispositions légales.

Les constructions législatives, quel que soit leur niveau de technicité sont toujours le résultat de controverses, de querelles de positions entre acteurs et d'arbitrages basés sur des justifications très hétérogènes. Notre démarche rejoint celle de la sociologie des sciences lorsqu'elle montre que les découvertes techniques, tout comme le progrès des connaissances théoriques, sont indissociables des projets de leurs auteurs, des contextes dans lesquels ils opèrent, des alliances et des compromis qu'ils parviennent à nouer[2]. Mais il ne suffit pas de dire que les changements juridiques observés ne s'expliquent pas seulement par des raisons internes au droit, encore faut-il reconstituer les processus par lesquels se matérialisent les interférences entre les différents espaces sociaux concurrents, ceux de la jurisprudence, de la doctrine et des divers groupes d'influence politique[3]. La scène parlementaire a des effets spécifiques, mais elle est aussi tributaire des dynamiques qui la précédent et l'encadrent. C'est pourquoi nous avons accordé une place très importante à la reconstitution du travail des commissions qui, entre 1974 et 1990, ont préfiguré les projets plus explicitement politiques. Ces lieux d'expertise collective et de production du droit se situent au carrefour des activités bureaucratiques centrales (un ministère et ses directions), de celles des professionnels (magistrats,

1. *Au nom de l'ordre...*, *op. cit.*
2. B. Latour, *La science en action*, Gallimard, 1989.
3. Ph. Robert, Sociologie et création de la loi pénale, *La création de la loi et ses acteurs. L'exemple du droit pénal*, Onati Proceedings, n° 3, 1991, p. 211

avocats, universitaires) et de celles des décideurs politiques (ministres et membres des cabinets). Une des hypothèses de notre réflexion est qu'au-delà de l'impact incontestable de ces scènes particulières de mise en débat, qu'elles soient à dominante technique (les commissions) ou à dominante politique (le Parlement), certains objets de décision publique disposent d'une force d'inertie spécifique. Malgré plus de vingt ans de confrontation et un parcours administratif et politique très heurté, le « Nouveau » Code pénal adopté en 1992 reste dans ses structures et dans une grande partie de son contenu, en continuité avec celui qu'il remplace. Comme le répéterons les parlementaires, tantôt pour rassurer, tantôt pour critiquer, « ce Code, ce n'est pas la révolution ». S'agissant des grandes caractéristiques de ces textes, les reprises sont finalement plus importantes que les ruptures. Ce paradoxe apparent nous conduira à envisager ce processus comme un exemple typique d'autopoïèse juridique où les changements s'opèrent en fonction de contraintes plus internes qu'externes, comme si l'objet était prisonnier de lui-même et qu'aucun déplacement, intellectuel ou politique, ne parvenait réellement à le transformer.

La réforme du Code pénal présente aussi des particularités qui intéressent la sociologie de l'action publique. Selon les modèles d'analyse aujourd'hui en vigueur, une telle réforme n'aurait pas dû avoir lieu. En effet, les caractéristiques de son objet et les dynamiques qu'elle a suscité en font un « mauvais » enjeu, à la fois hétérogène et surchargé de sens. Notre recherche aurait pu conclure à une impossible réforme, à cette réserve près qu'elle a finalement eu lieu, à la surprise générale de la plupart de ses acteurs. Le parcours heurté de cette réforme offre d'excellents matériaux de réflexion sur les dynamiques de changement du droit et plus largement sur celle des politiques. Nous montrerons, en effet, comment un lent processus incrémental de réforme a été combiné avec des phases de volontarisme politique affirmé. Sans la détermination de R. Badinter et l'arbitrage favorable de F. Mitterrand le Nouveau Code pénal ne serait jamais advenu. Mais l'obtention de ce résultat, l'achèvement de l'un des grands travaux des deux septennats « socialistes », a eu un coût élevé. Beaucoup de renoncements et de transactions ont été nécessaires

et le document final est souvent loin de correspondre aux intentions affichées. Notre projet n'est pas de développer une approche critique normative qui jugerait le Nouveau Code pénal à l'aune de ce qu'il aurait pu être, où de ce que certains acteurs souhaitaient qu'il fût. Nous avons privilégié la mise en évidence des multiples opérations qui ont rendu possible cette réforme. Il s'agit d'expliciter les activités de production de connaissance et de choix de normes faits par des réformateurs, d'éclairer les multiples ajustements et compromis entre positions divergentes que de telles opérations exigent ainsi que leurs conséquences ; il s'agit aussi de reconstituer les éléments de contexte qui permettent de comprendre les choix effectués et les alliances qui les portent.

Si l'on raisonne en termes de processus décisionnel, un projet tel que celui de la réforme du Code pénal cumule à peu près tous les obstacles qui, en général, empêche de telles initiatives de devenir des enjeux d'action publique intégrables dans le travail gouvernemental. En effet de nombreuses difficultés limitent les possibilités de mobilisation administrative et politique sur de tels projets.

Tout d'abord, il s'agit d'un enjeu hybride car si l'objet apparent est de nature strictement juridique, il ne s'agit là que d'une dimension de surface. En pratique un tel projet de changement suscite très vite diverses interrogations. Ainsi la mise au point du Nouveau Code a été réduite à des questions de pratique judiciaire : résoudre certains problèmes jurisprudentiels répétitifs, faciliter les poursuites de certains comportements ou affirmer l'autorité judiciaire face au pouvoir administratif. De même, le Code mettait en jeu la politique pénitentiaire : limiter le recours à l'emprisonnement, rationaliser l'exécution, trouver une solution alternative à la peine de mort. Ce projet impliquait aussi les moyens d'action d'autres ministères et nécessitait des accords spécifiques : les ministères de l'intérieur et de la défense sont concernés par toutes les infractions touchant à la sûreté de l'État, et les velléités de prise en compte du droit pénal économique et financier conduisaient à mobiliser un très grand nombre de ministères techniques. Surtout, une telle entreprise ne pouvait aboutir sans caution politique ; elle nécessitait l'intervention d'une autorité légitime suffisamment puissante pour trans-

former les résultats d'un travail d'expertise en projet gouvernemental intégrable dans un agenda politique. Enfin, la volonté de moderniser le Code et de l'ouvrir à des enjeux contemporains (conditions de travail, consommation, environnement, etc.) conduisait à aborder des secteurs où la concertation avec des représentants de groupes syndicaux, professionnels ou associatifs était indispensable. Cette accumulation d'enjeux faisait du Code pénal un objet d'action publique très complexe, d'autant que chacune de ces dimensions conduisait à soulever des problèmes lourds de sens, en termes de limitation des libertés d'un côté et de garantie d'une sécurité de l'autre. La manipulation d'un tel ensemble de problèmes et de symboles était donc une opération à risques tant par la difficulté à articuler ces multiples dimensions que par la force des réactions qu'il pouvait susciter.

Ensuite, il n'y a jamais eu dans ce projet d'entrepreneur politique unique. Il y a eu au contraire des discontinuités importantes tant dans les promoteurs, qu'entre les différentes catégories d'acteurs impliqués. D'une part, le parcours se caractérise par une succession d'entrepreneurs : il démarre à l'initiative de la haute administration judiciaire réformiste, il échoue à trouver un relais politique et connaît même une phase de conflit avec cette autorité. Puis la situation se renverse avec l'engagement politique direct d'un ministre, mais celui-ci ne parvient pas à le mener jusqu'au terme parlementaires. Enfin il y a une phase de suspension du projet, suivie d'une reprise assurée par de nouveaux acteurs politiques qui n'inscrivaient pas forcément ce projet dans leur priorité. D'autre part, aucun consensus social n'existe, ni surtout ne se forme sur ce sujet. Aucun groupe politique ou professionnel ne se distingue comme soutien privilégié. Même parmi les magistrats, groupe le plus concerné par les réformes, les clivages demeurent importants. Les querelles de doctrine juridique chez les pénalistes, entre les néo-classiques et les partisans de la défense sociale nouvelle, ont également été à l'origine de controverses dans la réalisation du projet. Quant aux acteurs politiques, ils sont également divisés, entre eux et au sein de la plupart des formations parlementaires. Le gouvernement socialiste est tenu de louvoyer entre un Sénat dominé par la droite, mais dont l'accord est indispensable, et

l'Assemblée nationale à majorité de gauche, où le Parti communiste se montre particulièrement critique et où l'opposition de droite est très active. Pour des raisons extrêmement diverses, certains recherchent le compromis, même à un coût élevé, alors que d'autres s'opposent à l'achèvement de l'entreprise.

Enfin, le rapport au temps est source de difficultés. A l'évidence, la temporalité d'une telle réforme ne coïncide pas avec le temps des échéances politiques. Les accélérations et les coups de frein du processus correspondent en général à des changements politiques importants, de l'arrivée au pouvoir de Valéry Giscard d'Estaing à la réélection de François Mitterrand. De plus, un enjeu aussi complexe s'avère très délicat à contrôler, en particulier dans les périodes électorales. Les trois échéances législatives de 1981, 1986 et 1993 ont eu un impact déterminant sur le parcours du projet. Dans les deux premiers cas, et pour des raisons différentes, l'échéance a entravé la progression du projet. La troisième en revanche a accéléré son aboutissement.

Ainsi, malgré de nombreux obstacles, le Nouveau Code pénal (NCP) est parvenu à franchir le barrage de « censure du politique »[1] qui souvent s'oppose à l'émergence d'une entreprise considérée comme non traitable dans le champ politique. L'hétérogénéité de l'objet et les intérêts conflictuels qu'il a révélés, sa complexité technique, la multiplicité des entrepreneurs qui se sont relayés, tout comme les tensions avec le calendrier électoral n'ont pas été des entraves suffisantes pour interrompre le projet de réforme. Il est donc particulièrement intéressant de comprendre l'incidence de ces accidents de parcours sur le contenu du projet et d'analyser les enchaînements de facteurs qui ont rendu possible cet accomplissement. La réalisation d'un Nouveau Code pénal était un projet gouvernemental fort mais dangereux parce que renvoyant à des questions aussi délicates que la lutte contre l'insécurité ou les finalités des systèmes judiciaire et pénitentiaire. Mais l'autonomie de l'objet et de sa dynamique de transformation interne (autopoïèse) ont assuré le maintien

1. D. Gaxie, P. Lehingue, *Enjeux municipaux, la constitution des enjeux politiques dans une élection municipale*, Curapp, 1994.

et la progression de ce projet dans le travail gouvernemental. L'avènement, en partie inattendu, du Nouveau Code pénal peut s'expliquer par l'occultation progressive de sa dimension idéologique au profit d'une approche technique pragmatique. A partir d'un certain degré d'achèvement, l'enjeu n'est plus le contenu du Code lui-même mais la nécessité d'aboutir. C'est pourquoi le projet gouvernemental soumis au Parlement est demeuré aussi ouvert aux compromis quitte à revenir sur certains points à une conception très traditionnelle du droit pénal caractérisée par une répressivité forte, la valeur emblématique de l'emprisonnement, la priorité donnée aux intérêts protégés classiques constituant le « patrimoine naturel de l'homme ».

Décider d'une réforme en profondeur des lois pénales suppose la réponse à deux questions préalables : quelle forme juridique donner au projet, celle d'un Code est-elle adaptée ? Quel contenu donner à celui-ci, comment délimiter le champ du droit pénal codifié ?

I | LA CODIFICATION, UNE ŒUVRE DE RATIONALISATION ET DE RÉFORME

La codification est conçue comme le plus haut degré de législation. Excepté quelques réalisations en forme de compilation dans l'Antiquité romaine, l'élaboration de codes est surtout caractéristique de l'« esprit des Lumières » de la fin du XVIII[e] siècle. Toute œuvre de codification recouvre un double projet[1] : rationaliser une matière éparse en ordonnant les sources du droit et en systématisant sa présentation, et réformer des principes de jugement afin de fixer le cadre légal nécessaire à l'exercice d'un juste gouvernement. Aux XVIII[e] et XIX[e] siècles les réformes pénales visaient principalement

1. Ce lien entre codification et réforme est constant depuis le XVIII[e] siècle, Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII[e]*, Bruxelles, De Boeck, 1996.

une modération des peines ; aujourd'hui, elles tendent à une protection accrue des droits individuels. Dans tous les cas, la rationalité juridique est considérée comme le meilleur cadre possible de réalisation de la rationalité politique. Un code participe à la définition, à la diffusion et à la garantie du « bien commun » d'une société. Il l'institue en même temps qu'il en constitue le garant.

Si ce projet relève en grande partie d'une utopie politique, la codification de la matière juridique est aussi l'occasion de doter une société d'un instrument à portées symbolique, axiologique et pragmatique. Un code sert à énoncer les valeurs et les intérêts fondamentaux d'une société, méritant une protection particulière, mais il crée également un instrument de prévention et de règlement des conflits. Il s'adresse à l'ensemble de la collectivité, mais en pratique il est surtout l'outil de travail quotidien des professionnels du droit, tant pour effectuer une qualification juridique des actes sociaux définis comme transgressifs que pour déterminer la rétribution qui leur sera donnée à travers l'énoncé peine. Cette double fonction du code, expression de valeurs politiques d'un côté et instrument professionnel de l'autre, marque fondamentalement le statut donné à ce type de texte selon les acteurs et selon les périodes.

La période contemporaine est marquée par un recul de la première dimension au profit de la seconde. Selon J. Habermas il serait plus juste de parler d'intégration de la première dans la seconde, phénomène qu'il analyse en parlant de « scientifisation du politique » dans l'État moderne[1]. Il s'attache à l'évolution des rapports existant entre « savoir spécialisé » et « politique » pour montrer un processus de rationalisation de l'action publique en trois étapes[2]. La question principale qu'il pose concerne directement l'objet de notre réflexion et porte sur le sens et les modalités de l'action poli-

1. J. Habermas, *La science et la technique comme idéologie* (1968), Paris, Gallimard, 1973.

2. Un modèle initial « décisionniste » où les choix politiques de valeurs s'imposent aux connaissances rationnelles ; un modèle technocratique où la validité des choix politiques repose sur leur validité scientifique ; un modèle pragmatique où l'opinion publique médiatise les échanges entre experts et décideurs politiques. J. Habermas, *op. cit.*, p 107-113.

tique : celle-ci peut-elle être réduite à la seule administration rationnelle ? Dans l'entreprise politique de codification, comment et jusqu'où doivent être combinées les dimensions internes de mise en cohérence juridique avec les enjeux concernant les valeurs et les symboles sociaux ?

Le Code instrument de construction du bien commun

L'invention du terme code est attribuée à Jérémy Bentham pour désigner le projet de composition d'un corps complet de législation. Bentham utilise également le terme grec, encore plus explicite de « pannomium »[1]. Pour lui, cette entreprise est par excellence un instrument de réforme utilitariste dont la fonctionnalité l'emporte sur la structure formelle. Codifier ce n'est donc pas se borner à mettre par écrit, ou à ordonnancer le droit existant *(law as it is)*, c'est élaborer le droit le meilleur *(law as is ought to be)*. Toutes les grandes réformes juridiques et judiciaires du XVIII[e] sont inspirées par une pensée rationaliste et jusnaturaliste. Mais Bentham va plus loin dans son ambitieux programme. Un code de bonnes lois ne peut être inspiré que par le principe d'utilité générale.

Selon le principe d'utilité générale, le législateur doit amener l'individu à réaliser par intérêt personnel ce qui s'avère utile au plus grand nombre. Ce principe tend à conduire les individus à adopter par intérêt le comportement que l'on désire leur voir suivre. Cette « arithmétique morale » et cette « balance des plaisirs et des peines » président à l'entreprise de codification. Bentham a également élaboré une doctrine générale du droit en tant que langage. Les règles juridiques s'énoncent à travers des catégories abstraites, des fictions logiques *(fictitious entity)* qui servent d'intermédiaire entre les phénomènes réels et les principes de légalité et de justice. Les concepts pénaux (tels l'imputabilité ou la responsabilité des personnes morales) et les incriminations constituent typiquement de telles fictions opératoires destinées à qualifier et

1. J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, 1789 ; *Théories des peines et des récompenses*, 1811.

à réguler les situations sociales porteuses d'enjeux particulièrement forts. La médiation ainsi opérée assure également une fonction cognitive et normative. Elle permet la circulation et la diffusion des règles dans la société. Cette dimension pédagogique est considérée comme centrale : « Le législateur est l'enseignant suprême », écrit J. Carbonnier[1]. Dans son travail sur les premiers codes du XVIII[e] siècle, Y. Cartuyvels attribue quatre fonctions au Code pénal[2]. Une fonction de simplification de l'accès au droit par une clarification sécurisante ; une fonction politique d'affirmation d'une autorité légitime ; une fonction de naturalisation des règles occultant leur historicité. La quatrième fonction, pédagogique, repose sur la valeur symbolique du Code et contient deux dimensions : l'énonciation d'un modèle de valeurs modélisant des conduites et l'orientation des sujets à travers leur rationalité calculatrice. Dans notre recherche sur les codes de 1791 et de 1810 nous avions également montré l'importance centrale de leur signification sociale et politique dans la mesure où ils déterminaient le champ des intérêts et valeurs socialement protégés ainsi que leur hiérarchisation interne. Ils construisaient ainsi matériellement et symboliquement les dimensions du « bien commun » et contribuaient à assurer leur diffusion dans les pratiques sociales au nom de l'utilité générale. Mais la réalisation de tels buts est dépendante de la résolution de problèmes de méthode.

Dans son entreprise de codification Bentham rejoint en partie certaines positions de son prédécesseur J.-J. Rousseau[3], en particulier lorsqu'il envisage la question du codificateur. Pour Rousseau le porteur d'un projet aussi central pour le devenir social doit être « un homme extraordinaire dans l'État... une intelligence supérieure qui vît toutes les passions des hommes et n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond... qui, dans le progrès du temps se ménageant une place éloignée, pût travailler dans un siècle et jouir dans un autre ». Chez ces deux auteurs, les conceptions démocratique et technocratique du pouvoir sont en balance.

1. J. Carbonnier, La passion des lois au siècle des Lumières, *Essai sur les lois*, Paris, 1979.
2. *D'où vient le Code pénal..., op cit.*, p. 372-377
3. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, II[e] partie, p. 108.

Certes le peuple est souverain et s'il veut le bien, il ne le voit pas toujours. Il doit être éclairé : « La volonté générale est toujours droite mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé. » Rousseau se montre plus subjectif et ouvert à l'irrationnel n'hésitant pas à invoquer « la raison sublime de la divinité » pour justifier ses décrets et considérant « qu'il fallait des dieux pour donner des lois aux hommes ». Privilégiant le principe d'utilité, Bentham adopte la vision rousseauiste de la codification en l'épurant de toute transcendance. Ils s'accordent cependant pour poser explicitement la question de la méthode comme un point central, et nous verrons que l'entreprise de codification française s'est heurtée de front à ce problème. A qui confier cette responsabilité politique et comment veiller au respect des principes fondamentaux de la codification ?

Les principes de codification

Un code est un ordonnancement systématique de règles auquel l'estampille du gouvernant donne une légitimité et une force particulière. Il doit présenter des caractères dont Bentham avait précisé les principaux, complétés depuis par quelques auteurs de référence sur le sujet[1] :

— la cohérence, au sens où un code réalise la concentration d'une matière jusque là éparse et fragmentaire et où sa logique interne de construction doit en faciliter la consultation et la compréhension ;
— l'absence de contradictions dans les solutions qu'il envisage ; à cette fin le Code abolit les règles antérieures (coutumes, règles partielles) et se met en conformité avec les autres codes existants (loi d'adaptation) ;
— la complétude, car un code doit tendre à l'exhaustivité du champ qu'il couvre. Sans contenir la totalité des règles possibles, il doit s'attacher à formuler des repères essentiels couvrant toutes les dimensions du secteur en cause ;

1. J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e^ au XIX^e^ siècle, essai de définition*, Bruxelles, Éd. de l'Institut de Sociologie de l'ULB, 1967 ; R. David, La codification, *Le droit français*, LGDJ, 1960, t. 1, p. 12 s.

— la clarté, indispensable à l'accessibilité, exige un texte écrit dans un langage précis, non ésotérique et dépourvu de terminologie ancienne (latinisme, archaïsmes) ;
— la maniabilité, car à défaut de pouvoir toujours se réduire aux dimensions d'un bref volume, il doit contenir l'essentiel dans des formulations concises ;
— la publicité, dans la mesure où un code doit être aisément accessible et largement diffusé, le gouvernement doit lui donner une résonance particulière afin que « nul ne soit censé ignorer la loi ».

Bentham avait placé la théorisation de l'idée de code au centre de son œuvre, en faisant le principe majeur d'un art de gouverner rationnel et utile. Ses successeurs dans la théorisation du droit ont poursuivi le même projet autour de la notion d'« État de droit », entendue comme garantie contre le despotisme et la tyrannie[1]. Contentons-nous de rappeler trois principes essentiels : codifier c'est tout d'abord systématiser une matière juridique éparse ; c'est ensuite faire œuvre d'unification politique en hiérarchisant des valeurs fondamentales ; c'est enfin assurer la sécurité juridique des citoyens contre l'arbitraire.

De nombreux travaux contemporains ont suscité dans la deuxième partie des années 80 une réflexion nouvelle sur la codification. Leur point de départ est double. D'une part ils soulignent l'éclatement de la matière pénale en sous-systèmes normatifs de plus en plus autonomes et dépourvus de bases théoriques communes. D'autre part, ils posent la question de la technicisation du droit pénal au détriment de sa fonction politique. Les dispositions répressives sont de plus en plus souvent le simple codicille sanctionnateur de systèmes de régulation sociale ayant une autre finalité (assurer les rentrées fiscales, garantir l'hygiène et la sécurité du travail, prévenir les risques industriels, etc.). Ces analyses mettent en évidence le problème de la délimitation du champ du droit pénal et par contrecoup celui de la matière pénale pouvant donner lieu à codification, dont nous traiterons plus loin.

1. B. Barret-Kriegel, État de droit, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 415 s. ; J.-J. Chevalier, L'État de droit, *Revue de droit public*, 1988, n° 2, p. 313 s.

Elles posent aussi le problème du choix d'une méthode de codification indissociable de l'ampleur de la réforme envisagée. La période récente a été marquée par plusieurs tentatives en la matière. Leur présentation permet de souligner le caractère original de la démarche sur laquelle repose le Nouveau Code pénal.

Le renouveau contemporain de la codification

Depuis les grandes codifications napoléoniennes, l'évolution des méthodologies appliquées à notre système juridique revêt un caractère paradoxal. D'un côté, on constate un profond mouvement de décodification amorcé dès le XIX[e] siècle, d'une ampleur massive depuis les années 50[1]. Ce mouvement se traduit par le développement continu de certaines matières codifiées, en dehors du code d'origine, comme par exemple le droit commercial[2] et le droit pénal ; il concerne plus encore la multiplication des domaines échappant à toute codification. D'un autre côté, la période récente est marquée par un mouvement inverse de codification en vue de rétablir une cohérence dans une matière juridique dont l'organisation est déliquescente[3]. Si les chiffres varient selon les auteurs, on s'accorde pour dénombrer aujourd'hui une cinquantaine de codes[4].

Mais ces codes n'ont pas une forme homogène. Certains sont des codes « innovants » et reposent sur une mise à plat du domaine et des innovations importantes ; d'autres sont des codes « consolidation » et se contentent de recenser et de mettre en ordre les règles existantes, éparses, sans aucune modification de fond. La première forme correspond aux démarches de codification classiques impliquant des réformes de fond. Cependant, à l'époque actuelle, la seconde formule

1. Cf. *Les grandes phases d'incrimination, 1815-1940, op. cit.*
2. B. Oppetit, L'expérience française de codification en matière commerciale, *Recueil Dalloz*, 1990, chron. p. 1.
3. Une estimation faite par la commission supérieure de codification retient les chiffres de 7 325 lois en vigueur et quelque 360 000 décrets et règlements interministériels. Entre 1982 et 1991 102 lois ont été adoptées par an et 680 décrets.
4. D. Tallon, La codification, forme dépassée de la législation ?, in *Rapports français, XI[e] Congrès international de droit comparé à Caracas*, t. 1, Paris, Centre français de droit comparé, 1982.

du code-consolidation prévaut et cela à l'initiative du Conseil d'État qui y voit un moyen d'endiguer la surproduction légale et de remédier à son anarchie. Ses rapports ont régulièrement attiré l'attention des gouvernements successifs sur les problèmes posés par la production du droit[1]. « Une Commission supérieure de la codification » avait bien été créée auprès de cet organisme par un décret du 10 mai 1948, mais ses activités étaient tombées en désuétude. La dynamique a été relancée par un décret du 12 septembre 1989, dans le cadre des actions de « modernisation du service public » voulues par M. Rocard[2]. Les demandes de codification se sont multipliées depuis quinze ans. D'abord, en raison de l'accroissement de systèmes normatifs spécifiques accompagnant l'intervention publique dans des secteurs économiques et sociaux de plus en plus diversifiés. Ensuite, l'absence chronique en France de toute méthodologie législative et réglementaire stable a généré des effets de brouillage normatif qualifiés souvent par facilité d'« inflation législative »[3]. En 1996, 15 codes étaient en cours d'élaboration mais de portée limitée puisqu'il s'agit de réunir dans un ensemble cohérent des dispositions législatives et réglementaires se rapportant à une même matière, sans leur apporter de modification autre que de forme[4]. Cette compilation ordonnée ne fait que refléter le processus casuistique qui a présidé à la genèse de ces solutions. L'histoire du Code civil français depuis 1804 poursuit en très grande partie l'œuvre doctrinale initiale basée principalement sur une systématisation progressive du droit coutumier et jurisprudentiel sans pour autant prétendre faire œuvre intellectuelle originale. Ce texte est typiquement l'œuvre d'un compromis entre une approche empirique dominante de la codification et une approche rationaliste modé-

1. Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, Rapport public, 1991, Documentation française, 1992, p. 15-48.

2. La relance de la codification, allocutions de M. Rocard et G. Braibant, *RFDA*, n° 3, mai-juin 1990, p. 303 s.

3. J.-P. Henry, Vers la fin de l'État de droit ?, *Revue de droit public*, 1977, p. 1208 ; R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, *Dalloz*, chronique, p. 43 s. ; N. Nitsch, L'inflation juridique et ses conséquences, *APD*, vol. 27, 1982, p. 161 s.

4. Commission supérieure de codification, Septième rapport annuel 1996, *Journal officiel*, 1997.

rée. A. Esmein déclara à propos de ses auteurs : « Les rédacteurs du Code, les bons ouvriers de cette formidable tâche, ne prétendaient aucunement être des créateurs ; c'étaient des disciples et non des prophètes. »[1]

Durant ces dernières années les critiques se sont multipliées sur les pratiques de codification à droit constant. En particulier la réalisation en 1993 d'un Code de la consommation a montré qu'une telle méthode « ne permet que très imparfaitement de réaliser la mission – pourtant modeste – qu'elle entend poursuivre : réunir l'ensemble des dispositions relatives à la matière ». A plus forte raison cette démarche est discutable dans la mesure où « elle rejette hors de son domaine tout effort de réflexion, de définition ou d'innovation »[2]. De même la refonte de trois livres du Code rural a suscité de nombreuses réactions négatives. Quant au projet de codification du Code de commerce, il s'est heurté à beaucoup d'objections. Celles de la doctrine contestant les délimitations du champ opérées[3] et celles des politiques mettant en cause le rôle supplétif accordé au Parlement dans une œuvre aussi importante. Celui-ci aurait eu à avaliser un ensemble de dispositions d'origine strictement professionnelle. La commission des lois de l'Assemblée nationale rejeta le 1er juin 1994 le projet présenté par le gouvernement, remettant en cause le principe même de ce type de codification. Le président de la commission, P. Mazeaud déclara : « La codification telle qu'elle se fait n'est pas bonne. Dans le cas du Code de commerce, cela a conduit à un texte fourre-tout quand il aurait fallu élaguer... et opérer une véritable refonte à l'image de ce que le Parlement a fait pour le Code pénal ». Le projet de Code de l'environnement débattu à l'Assemblée en février 1997 pose une série de problèmes identiques. Le texte dit « à droit constant » a été étrillé par la commission des lois qui considère qu'il souffre autant d'incohérences générales (regroupement partiel de dispositions éparses) que d'insuffisances matérielles dans son contenu.

1. A. Esmein, L'orginalité du Code civil, *Le Code civil*, livre du centenaire ; A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

2. D. Bureau, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, Dalloz, 1994, I, p. 291 s.

3. F. Terré, A. Outin-Adam, *Codifier est un art difficile*, Dalloz, chr., p. 99 s.

Certains auteurs relèvent cependant que les oppositions codification quantitative/codification qualitative et consolidation/innovation ne sont pas aussi tranchées qu'on l'écrit parfois. Parmi les codes modernes certains, sans avoir le prestige des codes napoléoniens, ont néanmoins une portée et un effet novateurs. C'est le cas, par exemple, pour le Code de procédure pénale (ordonnance du 23 décembre 1958), le Code de la nationalité (ordonnance du 19 octobre 1945), le Code minier (loi du 16 août 1956), ou le Code du domaine de l'État (loi du 28 décembre 1957). Pour F. Terré, ce sont de véritables codes, car il considère que l'essence de la codification se situe dans la réforme de fond qu'elle initie[1]. L'ensemble de ces débats traduit bien la diversité des significations données au concept de codification. Le mot est ambigu, car il désigne à la fois un processus et un résultat : la codification est une technique, une méthode d'élaboration de la règle de droit et la concrétisation de celle-ci dans un ensemble législatif. Le concept désigne par ailleurs des réalités fort différentes les unes des autres, répondant à des objectifs eux-mêmes très divers. Finalement, il n'existe pas un code mais des codes ; on ne peut parler de « codification » qu'au pluriel[2].

La codification « qualitative » ou « novatrice » se présente au contraire comme une systématisation poussée de la matière juridique sous forme axiologique, c'est-à-dire créatrice de valeurs spécifiques mises en forme par le droit. Dans cette hypothèse s'opère une véritable transsubstanciation des règles, les solutions étant non plus juxtaposées mais hiérarchisées à partir de principes rationnels et déduites les unes des autres selon des règles d'inférence logique. Le Code recèle ses propres règles de transformation, d'application et d'interprétation, de sorte que les imperfections législatives qu'il contient peuvent être surmontées à l'aide de ses dispositifs internes. La rationalité qui sous-tend cette forme de codifica-

1. Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles, *Travaux de l'Institut de droit comparé*, t. XXIII, 1962, spéc. p. 183 ; F. Ost, Codifier en 1987, *Le journal des procès*, n° 116, 1983 ; F. Ost, La codification, une technique pour aujourd'hui, in *L'État propulsif, contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 237 s.

2. J.-L. Baudouin, Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle du Droit, in *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique*, contribution en l'honneur de J. G. Sauveplane, Deventer, Kluwer, 1984, p. 18.

tion traduit de façon exemplaire la propriété essentielle des systèmes selon laquelle l'ensemble présente une valeur plus importante que la somme des éléments. La systématisation fait émerger des propriétés que chaque élément à l'état isolé ne présenterait pas et les règles de fonctionnement interne permettent d'assurer un processus de changement continu. Ce modèle reste cependant plus théorique que réellement mis en œuvre. Pourtant, la codification pénale, surtout celle de 1791 et de 1810, et dans une moindre mesure celle entrée en vigueur en 1994, s'inspirent en partie de ces derniers principes[1]. Le Nouveau Code pénal a-t-il été dans ce sens l'occasion d'un dépassement des formes de codification traditionnelles ? Après un Code réducteur des désordres juridiques, est-on parvenu à conceptualiser un Code ordonnateur du droit à venir ? Un Code inscrit dans l'actualité de son moment historique ne devrait-il pas offrir un « système référentiel » permettant une intégration continue du changement ? Dans quelle mesure l'innovation que constitue le Code pénal de 1992 a-t-il été l'occasion d'une telle réflexion et quelle solution propose-t-il pour opérationnaliser ces principes ? Avant de répondre à ces questions il est nécessaire d'envisager la seconde question préalable celle de la définition du domaine d'intervention du droit pénal.

II | LE CHAMP DU DROIT PÉNAL

Les Codes pénaux de 1791 et de 1810 réunirent l'ensemble des dispositions pénales d'incrimination et de sanction. Puis, très vite, les législations pénales non codifiées se multiplièrent[2], prenant une indépendance croissante par rapport au droit pénal et à la procédure pénale communs et

1. P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoël, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989 ; P. Lascoumes, *L'ordre public partiel du Nouveau Code pénal*, Paris, Cahiers de l'IHESI, 1994, p. 100 s.

2. P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoël, *Les grandes phases d'incrimination*, *op. cit.*

codifiés. C'est pourquoi, en 1982, la Commission de révision du Code pénal constitua en son sein un groupe de travail chargé de procéder à l'inventaire des lois pénales. Malgré l'intérêt des résultats obtenus par ce groupe de travail, et après un parcours mouvementé[1], il fut décidé de maintenir hors code la plupart des législations recensées. Une double question ne cesse depuis lors, mais déjà auparavant, de parcourir la réflexion doctrinale et de tarauder les pratiques juridiques : comment délimiter et caractériser le champ du droit pénal ?

De fait, la sanction des illégalismes juridiques mobilise diverses formes d'intervention légale : le droit pénal, codifié ou non, mais aussi les droits administratif, civil, commercial, disciplinaire. Parfois, une intervention d'ordre médical est préférée au droit, par exemple l'internement psychiatrique en cas d'irresponsabilité pénale. La répartition ainsi opérée ne tient pas à la nature intrinsèque des illégalismes qui imposerait un mode de traitement ou un autre. Elle est le résultat de choix politiques, d'arbitrages entre divers intérêts, de capitulations face aux groupes de pression les plus efficaces. Ces choix peuvent aussi être déterminés par des pratiques professionnelles qui les ont devancés et les contraignent. Face aux choix politiques opérés et à la diversification des pratiques juridiques et judiciaires, la doctrine est peu créatrice d'alternatives. Elle s'efforce d'introduire un peu d'ordre et de cohérence, d'insuffler des valeurs, dans la plus pure tradition positiviste. C'est cela que nous voudrions à présent décrire.

Les pratiques juridiques

L'observation des pratiques juridiques révèle de profondes transformations dans le champ pénal, accompagnées de discours gestionnaires, et entérinées par les juridictions chargées de les apprécier.

Trois mouvements principaux sont observables dans les transformations du droit. Le plus ancien concerne la création

1. Cf. II[e] partie, « Le livre V n'aura pas lieu », 184 et s.

d'un droit pénal administratif. D'abord concrétisé par l'adjonction de sanctions pénales, principalement contraventionnelles, à de nombreuses législations techniques ou administratives, il a ensuite vu le développement d'incriminations d'ordre délictuel. Le deuxième mouvement est la création d'un droit administratif pénal, soulignant l'importance croissante des sanctions administratives, encourues cumulativement avec des sanctions pénales dans de nombreux cas. Enfin, le troisième mouvement, lié au précédent, concerne ce qu'il est convenu d'appeler la « dépénalisation », c'est-à-dire le transfert de contentieux pénaux à d'autres formes de régulations juridiques, voire l'abandon de toute forme d'intervention juridique.

Dès le XIX[e] siècle, les législations techniques, amorçant ainsi le développement d'un droit pénal administratif, ont eu besoin du droit pénal pour s'implanter. Nous avons montré[1] par exemple comment s'était construit un ordre public économique et financier, par le recours à un droit pénal contenu dans des législations commerciales ou financières (faillites, banqueroutes, contrôle des sociétés commerciales, régulation de la concurrence, spéculation boursière, chèques) ou de protection de la création industrielle (les contrefaçons), ou encore de protections des échanges commerciaux (répression des fraudes, contrôle des prix). D'autres secteurs eurent recours au droit pénal : la circulation routière, les chemins de fer, l'hygiène et la santé publique (police des débits de boisson, alcoolisme, épizooties), les relations de travail, les douanes, la fiscalité, etc. Les acteurs administratifs sont demandeurs et restent attachés à « leurs » dispositions pénales pour l'autorité qu'elles confèrent, facilitant ainsi leurs régulations pragmatiques par la disciplinarisation des conduites et les mises en conformité. Même s'il est peu appliqué directement, l'existence du droit pénal fournit un appui symbolique indispensable à la bonne opérationnalité des régulations administratives. Il assure globalement une fonction de légitimation de l'action de surveillance administrative et accroît son efficacité. La menace du dépôt de plainte ou de la transmission du PV constitue un argument déterminant

1. Id., *op. cit.*, 1992.

dans les négociations entre l'administré-infracteur et l'administration[1].

La multiplication et surtout la dispersion des dispositions pénales dans le droit pénal administratif a conduit à intituler une recherche sur ce thème, *Le temps perdu à la recherche du droit pénal* (1991)[2], tant une recension apparaît difficile. L'un des enseignements majeurs de cette recherche est la démonstration, examen des textes à l'appui, qu'il n'y a pas d'opposition tranchée entre un droit pénal « classique », contenu dans le Code pénal, et un droit pénal administratif. En effet, il existe deux grands modes de défense des intérêts protégés. L'un est une défense directe par l'énoncé de sanctions pour l'accomplissement d'une action ou d'une inaction. L'autre, est une défense indirecte par l'énoncé de règles d'organisation d'activités sociales dont la responsabilité incombe à l'administration ; la sanction vise alors le non-respect de procédures spécifiques (déclarations, autorisations, etc.). Ce deuxième mode de formalisation, fréquent en droit pénal administratif, a trop rapidement fait conclure à l'existence d'un droit pénal simple auxiliaire d'une régulation administrative. En fait l'interpénétration des formes est beaucoup plus profonde.

La transformation du champ pénal résulte aussi de la création d'un droit administratif pénal. Le développement des pouvoirs répressifs de l'administration peut être décrit en trois phases[3]. Il trouve son origine dans les sanctions administratives, prérogatives traditionnelles de l'administration, héritées de l'Ancien Régime. Cette répression s'exerce dans le cadre de relations préexistantes entre l'administration et ses assujettis ou bien ressortit du pouvoir fiscal. Ensuite, à partir des années 30, se développe une répression administrative liée à l'extension des missions économiques, sociales et culturelles de l'État. Enfin, à partir des années 70, apparaissent les autorités administratives indépendantes. Les domaines

1. P. Lascoumes, Sanction des fautes ou gestion des illégalismes : l'hétérogénéisation du droit pénal, *RIEJ*, 1983, n. 10, p. 125 ; P. Poncela, Analyses systémiques dans le champ pénal, *APD*, 1986, t. 31, p. 121.

2. C. Barberger, P. Lascoumes, *Le temps perdu à la recherche du droit pénal. Les changements en droit pénal administratif comme mode de changement du droit pénal, 1983-1987*, Ministère de la Justice, juin 1991.

3. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.