

INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT CRIMINEL

1 - AVANT L'APPARITION DU DROIT : LA VENGEANCE. Une atteinte portée à un intérêt individuel, familial ou public suscite, dans un milieu social encore primitif, une réaction violente qui relève fondamentalement plus de la vengeance que de la justice¹. Dans sa tragédie « *Les Chæphores* », Eschyle fait dire au chœur :

*Qu'à une injure réponde une autre injure,
La loi suprême en fait l'obligation ;
Qu'à un meurtre réponde un autre meurtre,
L'antique coutume le prescrit.*

S'exerçant sans limite, dans un climat de profonde haine², la vengeance³ donne lieu à un enchaînement de représailles⁴ qui ne connaît théoriquement pas de fin⁵. Aussi ne saurait-elle être considérée comme la première phase du droit criminel. Selon Von Jhering, elle n'est rien d'autre que le chaos précédant l'apparition du droit⁶ ; par suite, un homicide purement accidentel peut déclencher une suite d'homicides intentionnels. Encore faut-il distinguer entre le dommage causé par une personne à un membre de son propre clan et celui causé à un membre d'un autre clan, car le second ouvre un état de guerre entre ces deux tribus.

¹ **Courtois** (v° Vengeance, in « Dictionnaire de la culture juridique » (éd. Quadriga) : *On définira la vengeance comme une forme de justice réparatrice qui laisse la plus grande place au sentiment et à l'action des victimes.*

² **Hobbes**, « De la nature humaine » : *La vengeance est une passion... Elle ne fait point désirer la mort de l'ennemi mais de l'avoir en sa puissance et de le subjuguier. Cette passion fut très bien exprimée par une exclamation de Tibère à l'occasion d'un homme qui, pour frustrer sa vengeance, s'était tué dans la prison : « Il m'a donc échappé ! ».*

³ **D'Arbois de Jubainville**, « Études de droit celtique » T.I p.66 et 9 : *Selon l'ancienne loi irlandaise, tuer le meurtrier d'un parent jusqu'au degré de cousin germain est un meurtre nécessaire. Dans les relations entre particuliers, la vengeance privée qu'exerce la famille offensée était chez les Celtes le seul moyen de faire triompher la justice et de réprimer l'iniquité.*

⁴ **Glutz**, « La solidarité de la famille de Grèce » p.271 : *La vengeance appelle la vengeance. Une fois qu'il y a du sang entre deux familles, chaque homicide ouvre une série nouvelle d'homicides. Dans la Grèce héroïque, l'histoire des familles les plus fameuses n'est, durant l'espace de plusieurs générations, qu'un cycle de meurtres enchaînés.*

⁵ **Grégoire de Tours**, « Histoire des Francs », L.X Chap.27 : *Très souvent le fils d'un franc de Tournai réprimandait vertement le fils d'un autre, à qui sa sœur était mariée, parce qu'il abandonnait sa femme pour aller aux prostituées. Comme le coupable ne s'amendait nullement, cette irritation s'accrut à un point tel que le jeune homme se jeta sur son parent et le tua avec l'aide des siens, qu'il fut tué lui-même par les gens qui accompagnaient son adversaire, et que, des deux partis, il ne resta qu'un seul homme, qui n'eut personne pour le frapper.*

⁶ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » T.I § 11 et 12 : *Les premiers mouvements du sentiment d'avoir été lésé consistent inévitablement dans une violente réaction contre l'injustice causée, dans la défense privée et la vengeance. C'est là, dans cette espèce de justice sauvage, comme l'appelle Bacon, que tout droit puise son origine. Mais cette origine, d'après nos idées actuelles, n'est que le chaos qui a précédé la fondation de l'État, c'est la période où le droit et la force ne sont pas encore séparés...*

La vengeance ne connaît d'autre mesure que le degré (purement accidentel et arbitraire) de surexcitation de l'individu lésé. Au lieu de briser la force de l'injustice, elle ne fait que la doubler, en ajoutant à l'injustice existante, une injustice nouvelle. Il est aisé de comprendre qu'elle doit bientôt céder devant la loi de l'ordre.

Quels que soient les lents progrès de l'humanité accomplis au cours des derniers siècles, notamment en Occident grâce à l'enseignement moral du christianisme¹, il ne faut pas se cacher que l'instinct poussant l'homme à se venger semble ne jamais pouvoir entièrement effacé². Il s'exprime, dans certains cas graves, par la pratique collective du lynchage³.

Au cours de la Révolution française de 1789, le législateur appelait encore l'accusateur public « le vengeur des lois », et le bourreau « le vengeur du peuple ». L'individu qui, le 9 octobre 1934, assassina Alexandre I^{er} de Serbie sur la Canebière à Marseille, fut lynché par la foule et mourut avant même son arrivée à l'hôpital. Toute spontanée qu'elle soit⁴, une telle réaction de colère aveugle appelle la plus ferme réprobation tant du point de vue de la morale⁵ qu'au regard de l'ordre social⁶.

2 - LA LOI DU TALION. Par suite, l'une des premières tâches qui incombe à une autorité publique chargée d'assurer la paix sociale consiste à endiguer la réaction instinctive de vengeance. Tel a été le rôle historique de la loi du talion, qui fut adoptée par le Code d'Hammourabi⁷ et par des lois postérieures⁸, avant d'être reprise par l'Ancien Testament⁹ :

*Tu donneras vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent,
main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure,
meurtrissure pour meurtrissure, plaie pour plaie.*

Lorsque Thésée entreprit de fédérer la Grèce attique, il commença par la purger des brigands qui l'infestaient. À cette fin, il décida de leur infliger le même sort qu'ils avaient coutume de faire subir à leurs victimes : puisque Procuste étendait sur une sorte de lit les voyageurs qu'il avait capturés, puis distendait ou raccourcissait leurs membres afin de

¹ **Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » II-II, Q.108, art.1, sol.1 : *Celui qui, selon sa condition et son rang exerce la vengeance contre les méchants n'usurpe pas ce que Dieu s'est réservé ; il use d'un pouvoir que Dieu lui a concédé. Mais exercer la vengeance en dehors de l'ordre établi par Dieu, serait une usurpation de ses droits, donc un péché.*

² **Exemple.** A Venezuela, pendant la nuit du 31 décembre 2000 on a décompté 7 lynchages, répondant aux 300 assassinats déplorés pendant la période des fêtes.

³ **Les massacres de septembre 1793**, perpétrés dans les prisons parisiennes, relevèrent du lynchage. La seule formalité judiciaire consista en effet en une mention marginale portée sur le registre d'écrou.

Ainsi, au regard de l'indication :

- Du 22 août 1792. M. Monmorin, ex-ministre des affaires étrangères, a été écroué en vertu d'un ordre du Comité de sûreté générale.

figure la mention :

- Du 4 septembre 1793. Le sieur Monmorin a été jugé par le peuple et exécuté sur le champ.

⁴ **H.Becque**, dans ses « Notes », écrit de manière paradoxale : *En vieillissant, on s'aperçoit que la vengeance est encore la forme la plus sûre de la justice.*

⁵ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.), p.202 n°379 : *La défense du Bien commun exige que la Société - donc ses représentants autorisés et eux seuls - ait le droit de punir tout perturbateur de l'ordre public... La foule n'a donc pas le droit de lyncher un coupable.*

⁶ **Pufendorf**, « Les devoirs de l'homme et du citoyen » p.98 : *La Loi naturelle condamne sans contredit la pure Vengeance, par laquelle on a uniquement en vue de causer du chagrin, ou de la douleur à ceux qui nous ont offensé, et de se procurer à soi même un plaisir inhumain par la pensée de ce qu'ils souffrent... Pour ce qui regarde la vengeance de l'injure, et les sûretés pour l'avenir, il faut en laisser le soin au Magistrat, qui est chargé d'y pourvoir.*

⁷ **Code d'Hammourabi.** Il énonçait en ces termes la loi du talion (§ 196-197) : *Si quelqu'un a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crevera l'œil. S'il lui a brisé l'os, on lui brisera l'os.*

⁸ **Hérodote**, « Histoires » IX-93 : *Ils mirent Événie en jugement... et pour s'être endormi au lieu de veiller, il fut condamné à perdre la vue.*

⁹ **Sertillanges**, « La philosophie des lois », p.112 : *En prescrivant la loi du talion, en tolérant certaines violences et en absolvant la haine, Moïse jetait du lest, pourrait-on dire, la cruauté des mœurs de son peuple ne lui permettant pas de réaliser aussitôt l'idéal de fraternité qu'on voit cependant très nettement poindre dans ses propos.*

les mettre à la mesure de cette couche, c'est ainsi que Thésée le mit à mort¹. Héraclès suivit le même procédé : chargé de tuer Diomède, à qui l'on reprochait de nourrir ses juments avec la chair de naufragés, il le fit dévorer par celles-ci.

La loi du talion constitue un premier pas vers le droit criminel, puisqu'elle bride la vengeance dans son ampleur et qu'elle la régleme dans son exercice. Son empreinte reste toujours visible. Dans notre Ancien droit encore, elle dictait souvent la peine infligée au condamné : celui qui avait incendié une maison située en ville mourait sur le bûcher² ; celui qui avait fondu de la fausse monnaie dans un creuset était condamné, selon certaines Coutumes, à être plongé dans une cuve d'eau et huile bouillante³. De nos jours, certains travaux d'intérêt général sont inspirés par la nature du délit commis par le coupable : ainsi, on condamnera celui qui a dégradé des plantations à l'entretien d'un espace vert.

Un nouveau pas est accompli lorsque, le conflit opposant deux membres du même clan, l'autorité publique intervient pour modérer une sanction qui a pour conséquence d'affaiblir la communauté : un guerrier auquel on a tranché une main est évidemment un soldat perdu pour la cité. Mieux vaut pour le groupe social que la victime se satisfasse du versement d'une raisonnable indemnité. Dans un premier temps, on l'y invitera ; ensuite, on l'y obligera. C'est le système des compositions⁴, soit volontaires soit légales⁵, consacré notamment par la loi salique⁶ qui tarifait chaque atteinte : pour un coup de bâton non suivi d'effusion de sang, trois sous ; pour des coups donnés avec le poing fermé, neuf sous ; pour des coups portés à la tête qui mettent le cerveau à nu, quinze sous ; pour avoir traité quelqu'un de pédéraste, quinze sous ; pour avoir qualifié de prostituée une femme honnête, quarante-cinq sous... On peut noter que, si le conflit oppose deux personnes appartenant à des clans différents, ces deux clans se trouvent par le fait même en état de guerre ; c'est alors une sorte de traité de paix qui fixera la nature et le niveau de la composition⁷.

¹ **Plutarque**, « Vie de Thésée » : *Thésée, pour punir les méchants, employait contre eux le genre de violence dont ils usaient eux-mêmes, et les condamnait avec justice au même supplice qu'ils faisaient injustement subir aux autres.*

² **Muyart de Vouglans**, « Les lois criminelles de France » p.192 : *Pour ce qui concerne l'incendie commis dans les maisons situées dans les villes, l'usage est de condamner le coupable au feu, sur le fondement qu'il est juste de lui faire subir le même supplice qu'il voulait faire subir à ceux qui auraient le malheur de se trouver enveloppés dans son incendie.*

³ **Jousse**, « Traité de la justice criminelle » (1771) T.III p.444 : *L'art. 634 de la coutume de Bretagne porte que les faux-monnayeurs doivent être bouillis, et ensuite pendus.*

⁴ **A.Esmein**, « Cours d'histoire du droit français » (2^e éd., Paris 1895) p.35 : *C'est un fait bien connu que, dans les sociétés, la répression des délits est d'abord laissée à la vengeance privée ; mais, le plus souvent, les représailles effectives sont écartées moyennant une indemnité, ou composition de valeur pécuniaire payée par l'auteur à la victime ou à ses représentants ; puis par l'action de la coutume ou de la loi, cette composition dûment tarifée s'impose. La victime du délit n'a plus qu'un droit, c'est d'en exiger le paiement, et elle obtient, à cet effet, une action devant les tribunaux.*

⁵ **Augustin Thierry**, dans son « Deuxième récit des temps mérovingiens », rapporte cette sentence rendue en 569 qui porte composition, sur une plainte du roi Sighebert, mari de Brunehilde, après l'assassinat de la reine Galeswinthe par son mari le roi Hilperik :

- *Voici le jugement du très glorieux roi Gonthramn et des Francs siégeant dans le Mâl. Les cités de Bordeaux, Limoges, Cahors, Béarn et Bigorre, que Galeswinthe, sœur de la très excellente dame Brunehilde, reçut à titre de douaire et de présent du matin, deviendront, à partir de ce jour, la propriété de la reine Brunehilde et de ses héritiers, afin que, moyennant cette composition, la paix et la charité soient rétablies entre les très glorieux seigneurs Hilpèrik et Sighebert.*

⁶ **Thonissen**, « La loi salique » (Bruxelles 1882, p.202 : *La composition est le prix légal de l'abandon du droit de vengeance, dans tous les cas où cette vengeance est encore autorisée par la loi salique.*

⁷ **Garçon**, « Le droit pénal » (Paris 1922) p.18 : *Si le droit de vengeance est le droit de guerre entre deux groupes, indépendants et souverains, la composition est le traité de paix qui termine les hostilités. On discute alors les conditions de la paix, et elles varieront à l'infini selon les circonstances.*

On observe un retour de la loi du talion dans des droits contemporains qui appliquent la charia¹. Il semble que le nombre de pays régis par cette loi religieuse soit en progression; on peut le constater par exemple en matière de vol, où la sanction infligée au coupable est l'amputation de la main (par laquelle il a péché).

3 - L'AVÈNEMENT DU DROIT PÉNAL. Une étape décisive est enfin franchie lorsque le Prince et lui seul (ou ses représentants) se voit reconnaître le droit de punir². Tel était le cas dans l'Ancien droit³, où le pouvoir de faire des lois et de rendre la justice est peu à peu devenu⁴ une prérogative royale⁵, au point de devenir un droit régalien⁶. Il est depuis lors formellement interdit à de simples particuliers de se constituer en tribunal⁷ dans le but de prononcer une sanction de nature pénale⁸.

À plus forte raison il n'est plus permis aujourd'hui de se faire justice à soi-même. Ce principe a été fermement posé tant par les grandes religions⁹, que par les principales civilisations¹⁰. La très grande majorité des législations¹¹ interdisent aujourd'hui aux victimes et à leurs proches de chercher à se venger de celui qui leur a fait tort¹². En doctrine pure,

¹ **Exemple** (Ouest-France 16 octobre 1995) : *Sarah Balabagan, la jeune Philippine condamnée à mort aux Émirats arabes unis, a appris qu'elle ne sera pas exécutée. La famille de son violeur, qu'elle avait tué à coups de couteau, renonce à réclamer la peine de mort après la mobilisation internationale et l'intervention du Cheikh. La peine pourrait être effacée en échange d'un versement de l'ordre de 200.000 F.*

² **Confucius**, « Œuvres de Ment-Tzeu » II, II, 8 : *Supposons qu'un homme ait commis un meurtre, si on me demandait qui a le droit de le punir de mort, je répondrais que c'est le Grand juge seul.*

³ **Argou**, « Institution au droit français » (L.III, Chap.38) : *Quoiqu'un particulier se trouve offensé en son honneur ou en ses biens par le crime d'un autre, il ne lui est pas permis de poursuivre la punition du crime : la vengeance est défendue aux hommes, et il n'y a que le Roi qui la puisse exercer par ses officiers, en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu.*

⁴ **A.Esmein**, « Cours d'histoire du droit français » (2^e éd., Paris 1895) p. 71 : *Le roi franc exerçait le pouvoir législatif. Il faisait des lois ou ordonnances obligatoires pour tous... Ce pouvoir législatif est manifestement un emprunt fait au droit romain. La nation ne participait pas au pouvoir législatif.*

⁵ **Du Boys**, « Histoire du droit criminel en France » p.22 : *Les baillis et les autres officiers judiciaires agissent tous dans le même esprit, avec un admirable concert et une rare habileté. Ils côtoyèrent d'abord la juridiction féodale et finirent peu à peu par l'absorber. C'est à eux que l'on doit le triomphe du grand principe proclamé dans le seizième et le dix-septième siècle : « Toute justice émane du roi! ».*

⁶ **Loyseau**, « Institutes coutumières » n° 4 : *Toute justice émane du Roi.*

⁷ **Établissements de Saint-Louis**, L.I, art.2 : *Nous défendons, dans toute l'étendue de nos domaines, de terminer les querelles et contestations par le sort des armes.*

⁸ **Cass.civ.** 13 novembre 1951 (Gaz.Pal. 1952 I 61), sur une action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice matériel et moral souffert par le demandeur du fait de la décision à lui notifiée par lettre du 3 octobre 1944, signée, au nom du « Comité de libération de la commune de Montblanc », par son président Bourret, et par Coste et Guillonnet en leurs qualités de délégués, le 1^{er} de la CGT, le 2^e de la CDAP, lui infligeant une « amende de 40.000 F », à payer dans les quarante-huit heures, en raison d'une prétendue infraction au Code du Travail. Cette amende fut effectivement payée par le demandeur dès le lendemain.

La Cour de cassation censure le jugement déboutant le plaignant : *En refusant de sanctionner une atteinte grave et caractérisée à la liberté des personnes et aux biens, commise par un groupement de fait qui s'était arbitrairement arrogé les pouvoirs d'une juridiction répressive, le jugement attaqué a violé les art. 1382 et 1383 du Code civil.*

⁹ **Décalogue Bouddhiste**. Son article 9 prescrit de ne pas se venger.

¹⁰ **Code chinois des Ta-ts'ing** (traduction G.Boulais) : *Toute discussion sur un droit quelconque doit être exposée au mandarin, et par lui tranchée.*

¹¹ **Code pénal suédois** de 1962 (Chap. VIII, art. 9) : *Si quelqu'un porte illicitement atteinte à la possession d'autrui afin de se faire justice à lui-même, il sera condamné, pour récupération abusive, à l'amende ou à l'emprisonnement pour six mois au plus.*

¹² **Code pénal soviétique** de 1960, art.231 : *Le fait, pour les membres de la famille, de ne pas renoncer à la vengeance familiale à l'égard du meurtrier et de sa famille, alors que cette renonciation était*

depuis le droit romain classique¹, on admet que Némésis, la déesse de la Vengeance, doit céder la place à Thémis, la déesse de la Justice. Telle est la règle en droit européen contemporain², ce tant en matière civile³, qu'en matière pénale (voir : Doucet, « La protection de la Société » p.464 n° II-II-110).

De surcroît, puisque la justice pénale dépend désormais de l'État, et présente par suite un caractère d'ordre public, la victime perd le droit de s'entendre avec son agresseur dans le but de lui éviter s'être poursuivi⁴. Sauf rares exceptions, la réconciliation des parties n'empêche pas le ministère public d'exercer l'action publique pour l'application de la peine ; de la sorte, les puissants de ce monde ne peuvent espérer échapper aux lois pénales en menaçant leurs victimes de représailles pour le cas où elles oseraient se tourner vers les tribunaux (une telle démarche constitue au demeurant le délit incriminé par l'article 434-5 du Code pénal).

De même, puisque la loi pénale s'impose à tous en vue du bien commun, il n'est plus possible d'accepter d'être victime⁵ d'une infraction⁶. Lorsque d'Anthès assassina Pouchkine au cours d'un duel manifestement inégal il commit un crime, et il ne pouvait arguer pour sa défense que sa victime avait accepté l'éventualité de sa propre mort.

On peut encore noter qu'à ce stade il devient illicite, tant de s'engager à commettre une infraction, que de souscrire une assurance couvrant sa responsabilité pénale⁷ (pratique au demeurant fort dangereuse pour la sécurité publique⁸). De même, un délinquant ne saurait exercer un recours en garantie contre son instigateur ; selon la vieille formule de Loysel : « *Tous délits sont personnels ; et en crime n'y a point de garant* ».

Mais il reste une toute dernière étape à franchir. Un droit criminel n'est véritablement constitué qu'à partir du moment où, se refusant à manifester une confiance aveugle envers

recherchée suivant les modalités prévues par le règlement sur la procédure de conciliation en matière de vengeance familiale, est puni de la résidence forcée pour une durée de deux ans au plus.

¹ **Mommsen**, « Le droit pénal romain » T.II p.386 § 665 : *Tombe sous le coup de la lex de vi celui qui se fait justice à lui-même.*

² **Bluntschli**, « Le droit public général » (Paris 1881) : *L'État moderne, par respect de la paix publique, défend de se faire justice à soi-même, il ouvre aux ayants-droit un recours judiciaire qui aboutisse à une sentence impartiale.*

³ **Cass. 1e civ.** 15 juin 2004 (Gaz.Pal. 2005 somm. 547) : *La défenderesse était tenue de se conformer au principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'en a pas été statué sur la validité par les juges du fond, et que nul ne peut se faire justice à soi-même.*

⁴ **Code pénal de la Russie soviétique** de 1926, art.194 : *L'acceptation d'une composition payée par le meurtrier, à ses père et mère, ou à la parenté ou au clan de la victime au titre de rançon le libérant de la vengeance ou de poursuites légales, entraîne une amende ne dépassant pas le double de la rançon reçue.*

⁵ **Cass.crim.** 23 juin 1818 (S. 1818 1 625 concl. Dupin) : *La protection assurée aux personnes par la loi constitue une garantie publique ; dès lors le consentement de la victime d'une voie de fait homicide ne saurait légitimer cet acte*

⁶ **Trib.corr. Bruxelles** 10 novembre 1864 (Pas. 1866 11 69) : *La calomnie est un délit, par suite la convention faite pour la distribution d'un écrit délictueux renferme une cause illicite d'obligation et ne peut produire aucun effet.*

⁷ **Cass.crim.** 1^{er} février 1939 (Gaz.Pal. 1939 I 602) : *Il n'est contraire ni à la loi ni aux principes d'ordre public qu'on stipule la garantie de ses fautes personnelles, hormis le cas où il s'agirait d'un fait correctionnel.*

⁸ **De la Marnière**, dans une note (D.1994 95) : *On ne peut que constater qu'en quantité d'hypothèses, l'assurance, lorsqu'une proportion du risque n'est plus supportée par l'assuré, est un facteur considérable du développement d'un sentiment d'irresponsabilité, spécialement en matière de circulation et de responsabilité professionnelle.*

leurs propres magistrats¹, les pouvoirs publics édictent un corps de règles qui visent à encadrer leurs prérogatives².

*Le droit criminel apparaît ainsi comme la branche du droit
qui tend à garantir le respect des principaux intérêts privés, familiaux et publics,
tout en protégeant les citoyens contre des poursuites,
un jugement et une condamnation arbitraires.*

Le bien fondé de cette définition apparaît lorsque l'on observe que le moyen le plus radical dont dispose un gouvernement despotique pour éliminer légalement ses opposants consiste à les déclarer « hors la loi pénale », soit en tant qu'ennemis publics³ ne pouvant prétendre aux garanties légales⁴, soit en tant que malades mentaux relevant des asiles psychiatriques et non des tribunaux répressifs. De manière générale, la mise en sommeil des règles du droit criminel instaure le règne de l'arbitraire⁵ ; c'est pourquoi la déclaration de l'état d'urgence, de l'état de siège ou de l'état de guerre est strictement encadrée⁶.

4 - PLAN DE L'INTRODUCTION. L'histoire du droit et le droit comparé enseignent que les législations scientifiquement élaborées oscillent entre deux conceptions extrêmes qui voient dans la justice criminelle, soit une gardienne inflexible de l'ordre social, soit une

¹ **Maeterlinck**, dans « Avant le grand silence », a justement observé que *tous les systèmes de gouvernements seraient bons si l'homme était meilleur et plus intelligent.*

² **Mommsen**, « Le droit pénal romain » T.1, p.63 : *Le droit pénal apparaît lorsque la loi d'État pose des limites à l'arbitraire de celui qui est investi du pouvoir de punir, c'est-à-dire du juge compétent. Cette loi désigne objectivement les actes immoraux, contre lesquels il faut intervenir au nom de la communauté et défend du même coup une pareille intervention contre tous les autres actes ; elle organise la procédure de recherche ; elle fixe pour chaque délit la compensation convenable.*

³ **Décret des 19-20 mars 1793**, article 1^{er} : *Ceux qui sont ou qui seront prévenus d'avoir pris part aux révoltes et émeutes contre-révolutionnaires qui ont éclaté ou qui éclateraient... sont hors la loi ; en conséquence, ils ne peuvent profiter des dispositions des décrets concernant la procédure criminelle et l'institution des jurés.*

⁴ **Wallon**, « Histoire du Tribunal révolutionnaire » (T.I, p.375) rapporte que le girondin **Gorsas** fut l'une des premières victimes de ce texte : *Mis hors la loi, il eut la témérité de revenir à Paris où l'attiraient ses vieux instincts de journaliste. Il fut découvert, arrêté et mené au Tribunal, qui se borna à prononcer contre lui l'arrêt constatant son identité. Gorsas demanda à parler ; mais le Président, de l'avis de ses collègues, lui déclara que, le jugement étant prononcé, il n'avait plus rien à dire... L'exécution eut lieu le même jour (7 octobre 1793), vers trois heures de l'après-midi.*

Robespierre, les 9 et 10 thermidor an II, fut à son tour victime de la procédure qu'il avait lui-même instaurée. Dans l'après-midi du 9, la Convention l'avait frappé d'un décret d'arrestation, ainsi que ses amis ; pendant la séance de nuit, Elie Lacoste prit la parole en ces termes :

- « *Plusieurs des conspirateurs viennent d'être mis en liberté. Robespierre a été conduit à la Commune. Les officiers municipaux l'ont embrassé, l'ont traité en frère, et lui ont dit qu'ils le protégeraient. Ces officiers municipaux sont en rébellion contre les décrets de la Convention. Je demande qu'ils soient mis hors la loi* ».

Précisant que cette proposition fut décrétée au milieu des applaudissements, le compte-rendu des débats reproduit le décret qui fut alors adopté :

- *La Convention nationale... met hors la loi les individus qui, frappés de décret d'arrestation ou d'accusation, n'auraient pas déféré à la loi, ou qui s'y seraient soustraits.*

Le lendemain, comme pour Gorsas, le président du Tribunal Révolutionnaire n'eut plus qu'à demander au proscrit : « *Es-tu Maximilien Robespierre ?* » pour pouvoir édicter, sans le moindre débat, l'ordre d'exécution.

⁵ **Code annamite de Gia Long**, Rapport introductif : *La rébellion des Tay-son a bouleversé les lois... aussi a-t-il été facile aux mauvais mandarins de devenir injustes et de diminuer ou augmenter les peines selon leur bon plaisir et leur intérêt personnel.*

⁶ **Y.Gaudemet**, « Droit administratif » (19^e éd.) p.344 : *L'état de siège est un régime exceptionnel de police... déclaré en cas de péril imminent résultant... d'une insurrection à main armée... Il a pour effet d'élargir les pouvoirs ordinaires de police en rendant légitime des mesures exceptionnelles : perquisitions de jour et de nuit au domicile des particuliers ; pouvoir d'imposer la remise des armes et munitions, d'interdire les réunions et publications de nature à exciter le désordre.*

protectrice ombrageuse des droits et intérêts individuels. Le premier système s'appuie sur la philosophie socialiste, le second sur la philosophie anarchiste.

À juste titre, les rédacteurs de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, d'inspiration libérale¹, ont cherché à établir une synthèse de ces deux systèmes primaires afin de cumuler leurs avantages propres et de restreindre leurs inconvénients respectifs. Il est de ce point de vue tout à fait regrettable que, par démagogie, la Cour européenne des droits de l'homme fasse trop souvent pencher la balance en faveur des malfaiteurs, au détriment des intérêts de la Société et de la population dans son ensemble.

Nous nous efforcerons, d'abord de donner un aperçu des deux doctrines élémentaires, puis d'esquisser une formule de synthèse.

§ 1 LA JUSTICE CRIMINELLE GARDIENNE DE L'ORDRE SOCIAL

5 - PRIMAUTÉ AU MAINTIEN DE L'ORDRE PUBLIC. Dans sa forme extrême, la conception autoritaire rejette toute idée de législation pénale². Pour elle, la simple adoption d'un Code pénal et plus encore d'un Code de procédure pénale apparaît déjà comme une faiblesse de l'État dans la lutte contre la délinquance. Au XIX^e siècle Garofalo, porte-parole des premiers criminologues, intitula le chapitre qu'il consacrait aux règles de l'instruction criminelle découlant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Les lois protectrices du crime* ». Il y soutenait que la législation issue de la période libérale de la Révolution française était condamnable, car elle donnait aux criminels des armes contre la société en les aidant, soit à esquiver les enquêtes policières, soit à entraver l'action des tribunaux, soit à retarder l'exécution des condamnations (voire à les écarter). Dans cette conception, les magistrats répressifs se trouvent libérés de toute entrave.

C'est évidemment de cette doctrine répressive que s'inspirent les législateurs qui voient³ dans le droit criminel une législation de police permettant d'assurer le maintien de l'ordre public⁴. Dans l'introduction du Code annamite des Lé, on peut lire que les lois pénales constituent un instrument auxiliaire du Gouvernement, et que les peines représentent les meilleures armes pour châtier les vices comme pour assurer le respect des prescriptions légales⁵. L'intérêt de la société l'emporte alors sur les intérêts privés, au point que ce sont

¹ Rivéro, « Les libertés publiques » (5^e éd.) T.I, p.204 : *Le libéralisme authentique est optimiste : il pense que, dans la libre confrontation des pensées et des opinions, celles qui servent le progrès humain doivent nécessairement triompher. Il est idéaliste : toute opinion, en tant que création de l'esprit humain, lui semble digne de respect. Il est sceptique : il ne pense pas que la vérité soit toute entière dans une doctrine, et croit aux vertus du pluralisme, chaque système apportant sa part à la recherche de la vérité.*

² Escarra, « Le droit chinois » (p.7), rapporte que, vers 536 avant J.-C., un certain Chou-hiang écrivit cette lettre de reproches à l'auteur d'un véritable Code criminel : *Les anciens souverains ne faisaient pas de codes criminels, dans la crainte que cela ne fit naître l'esprit processif dans le peuple... Lorsque le peuple sait qu'il y a des Codes, alors il ne demeure pas dans la crainte respectueuse de ses supérieurs. Les gens acquièrent ainsi un esprit processif et font appel à la lettre des textes. On ne peut plus continuer à les gouverner.*

³ Jousse, « Traité de la justice criminelle » T.I p.1 : *La punition des crimes est la fin et le but principal de l'administration de la justice, qui est de conserver les sujets du Roi dans une paix et une tranquillité durable.*

⁴ Domat, « Traité des lois » Chap. X : *L'esprit de la police est de maintenir la tranquillité publique entre tous les hommes, et de les contenir dans cet ordre indépendamment de leurs dispositions dans l'intérieur, en employant même la force et les peines selon le besoin.*

⁵ Yantie Lun. Le Grand Secrétaire : *Les châtiments ont pour but de procurer la même terreur que la vue d'un précipice, le rougeolement de la flamme ou le froid éclat de l'acier, afin d'inciter les sujets à rentrer dans le droit chemin.*

les magistrats répressifs qui se trouvent chargés d'assurer la paix publique et la stabilité du corps social¹, éventuellement au détriment des droits individuels².

La législation pénale³ des États totalitaires⁴ repose bien évidemment sur cette doctrine. De plus, ils réunissent le plus souvent les trois fonctions législative, judiciaire et exécutive entre les mains, tantôt du Prince⁵, comme le montrait autrefois la pratique des lettres de cachet⁶, tantôt du Parti au pouvoir, comme on a pu le voir lors des « procès de Moscou » sous la férule de la dictature communiste⁷.

Ont illustré cette manière de concevoir le droit criminel, Machiavel d'abord : « Partout où il s'agit du bien de l'État, on ne doit pas se laisser conduire par les notions de justice ou d'injustice » ; Saint-Just ensuite : « Il faut être juste ; mais au lieu de l'être conséquemment à l'intérêt particulier, il faut l'être conséquemment à l'intérêt public ». Au XX^e siècle encore, Fidel Castro a répliqué à Jorge Valls, qui refusait d'accuser un innocent auquel on pouvait uniquement reprocher d'être un opposant politique : « Ce n'est pas son innocence qui compte, mais le résultat politique de son exécution. C'est pour le bien de l'État »⁸.

Afin de justifier ce pouvoir souverain, les autorités tentent d'asseoir l'autorité des juges en leur conférant l'auréole de l'infaillibilité. Leur foi spirituelle, ou leur appartenance à

À cette thèse autoritaire un disciple de Confucius répond : *Il vaut mieux se fier à la raison qu'à la crainte.*

¹ **Code brahmanique** des Gentoux (éd. 1778) : *Quand un royaume est sans voleurs, sans adultères, sans assassins, et sans hommes de mauvais principes, le magistrat de cet État est sûr d'aller en Paradis.*

² **P. de Casabianda**, dans l'introduction précédant sa traduction du **Code pénal italien** édicté par le pouvoir fasciste : *Le but primordial de ce Code est d'identifier la philosophie juridique pénale avec la philosophie même du fascisme, en ce que, bien différente de la philosophie individualiste des Encyclopédistes ou de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle oppose à l'ancienne conception du droit de punir une conception sociale, collective et étatiste... : d'où la prédominance de l'intérêt social sur l'intérêt particulier, qui n'est ni méconnu ni sacrifié, mais relégué au second plan.*

³ **Code pénal soviétique** de 1922, article 1^{er} : *La législation criminelle de la R.S.F.S.R. a pour but la protection de l'État socialiste des ouvriers et des paysans, et de l'ordre juridique qui y est institué, contre les actes socialement dangereux.*

⁴ **Frank**, un ministre nazi, s'exclamait, le 21 août 1935 : « *La science juridique n'a à se préoccuper qu'à conserver vivaces les notions de crime et de danger public essentielles à la santé d'un peuple, à en tirer les conséquences logiques et nécessaires, édifiant de la sorte des organes de défense de l'État contre le crime. Car l'État ne saurait attendre que Messieurs les juristes aient fini ! Plus haut que le but de sécurité de la collectivité est celui de libérer l'organisme du peuple des porteurs de la maladie criminelle... Le législateur national-socialiste voit dans le criminel la manifestation d'une maladie gangreneuse qui s'est attaquée au corps social tout entier. Il enseigne la prophylaxie eugénique et la lutte acharnée contre les cellules malades.* »

⁵ **Huc**, « Souvenirs d'un voyage en Chine » : *L'Empereur est Fils du Ciel ; c'est lui qui fait la loi ou qui l'abolit... nul pouvoir administratif ou judiciaire qui n'émane de lui.*

⁶ **Modèle de lettre de cachet**. *De par le Roi, Il est ordonné d'arrêter le sieur N... et de le conduire dans la prison de X... Enjoint Sa Majesté au geôlier de l'y recevoir et garder jusqu'à nouvel ordre...*

⁷ **Bertin**, « Les procès de Moscou » : *Les principes juridiques sur lesquels Vychinski va fonder la jurisprudence ne laisseront aux accusés des procès politiques que des chances mineures : L'État soviétique constitue la forme supérieure de la démocratie. Les intérêts de l'État soviétique sont la raison suprême ; ceux de l'individu ne comptent pas. Critiquer les actes du gouvernement soviétique est le plus grand crime envers l'État, le peuple et la patrie. Concevoir une autre forme de gouvernement que le gouvernement actuel est un acte de trahison. Le communisme est la doctrine officielle de l'État soviétique, et toute critique dirigée contre cette doctrine est un acte de trahison.*

⁸ **Ma Schengli**, Quelques remarques sur la conception des droits de l'homme en Chine (Rev.sc.crim. 1995 p.175) : *Pendant la Révolution culturelle, les droits de l'homme étaient considérés comme une idée bourgeoise contre-révolutionnaire et étaient remplacés par la dictature du prolétariat et la lutte des classes.*

tel parti politique¹, est présentée comme garante d'une bonne justice : guidé par Dieu², ou s'inspirant d'une saine doctrine philosophique³, un juge ne saurait commettre d'erreur. C'est ainsi que le Tribunal du Saint-Office avait pris pour devise : *Dresse-toi, Seigneur, afin de juger ta propre cause.*

Dans le but d'échapper au reproche de partialité que son rôle de gardien de l'ordre social lui attire inévitablement, le juge est parfois tenté de proclamer qu'il agit moins dans l'intérêt général que dans l'intérêt bien compris du prévenu. Si ce dernier s'est éloigné du droit chemin, s'il a sombré dans l'hérésie ou le déviationnisme, c'est par l'effet d'une aberration mentale appelant un traitement. Le délinquant est un malade, et le juge est son médecin⁴ ; on ne saurait donc plus parler de répression, mais plutôt de traitement⁵ médical⁶. Or, là où il n'y a plus de sanction pénale, il n'y a plus lieu à défense ; et là où il n'y a pas de défense, il ne saurait exister de droits de la défense. Voici un bel exemple de justification formelle, strictement indifférente au fond.

A - PRINCIPES DÉCOULANT DE CETTE CONCEPTION

6- CONCEPTION AUTORITAIRE ET RÈGLES DE FOND. Un système juridique qui place au premier rang de ses préoccupations la défense de l'ordre social se trouve naturellement conduit à déclarer délictueuse toute atteinte effective à l'ordre public, voire toute activité dangereuse, pour les personnes ou les biens, privés comme publics⁷.

Il va même jusqu'à sanctionner une menace virtuelle⁸, n'existerait-elle que dans l'esprit de dirigeants paranoïaques⁹. Tel était le fondement de l'ostracisme athénien : Thémistocle

¹ **P.Simon**, ancien Grand maître (émission télévisée « Le droit de savoir » du 7 octobre 1992), justifiait l'emprise de la Franc-maçonnerie sur les pouvoirs publics par « *le fait que nous ayons une formation morale supérieure* ».

² **Ayatollah Khomeiny**, « Principes politiques » p.24, est allé fort loin en ce sens : *Aux termes de la loi coranique, n'importe quel juge réunissant sept conditions : être pubère, croyant, connaître parfaitement les lois coraniques, être juste, ne pas être atteint d'amnésie, ne pas être bâtard ou de sexe féminin, est habilité à rendre la justice dans n'importe quel cas. Il peut ainsi juger et régler en un seul jour vingt procès différents, quand la justice occidentale met plusieurs années à les aborder.*

³ **Le Tribunal révolutionnaire** avait été conçu dans cet esprit, comme en témoigne l'art.8 de la loi du 22 prairial an II : *La règle des jugements est la conscience des jurés éclairés par l'amour de la patrie.*

⁴ **Règle de Saint-Benoît**, Chap. 27 : *Qu'en toute sollicitude, l'abbé prenne soin des frères coupables d'une faute... Il doit, tel un habile médecin, user de tous les moyens.*

⁵ **H. Ch. Léa**, « Histoire de l'Inquisition » (T.I), p.456 n°405, a fait cette très exacte observation : *L'Église professait la théorie que l'inquisiteur était un père spirituel impartial, dont les fonctions, ayant pour objet le salut des âmes, ne devaient par conséquent être entravées par aucune règle.*

⁶ **L'inquisiteur Bernard Gui**, dans son « Manuel de l'inquisiteur », sorte de précis d'instruction criminelle à l'usage de ses collègues, expliquait effectivement : *De même qu'un remède unique ne convient pas à toutes les maladies et que la médication diffère suivant les cas particuliers, ainsi on ne peut employer pour tous les hérétiques des diverses sectes, le même mode d'interrogatoire... L'inquisiteur, en prudent médecin des âmes...*

⁷ **Code pénal**, art. 121-3 al.2 : *Lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.*

⁸ **Plutarque**, « Vie des hommes illustres » : *Agésilas, par sa complaisance, se conciliait et s'attachait tout le monde. Ce que voyant, et redoutant sa puissance, les éphores le condamnèrent à une amende, sans en donner d'autre motif que celui-ci : c'est que les citoyens sont communs à tous, et qu'il se les attachait à lui seul.*

⁹ **Dion Cassius** nous a rapporté que *l'empereur Caracalla jugeait, selon la position des astres au moment de la naissance des principaux citoyens qui l'entouraient, de l'affection ou de l'aversion qu'ils avaient pour lui. Plusieurs durent à cela, les uns des honneurs, les autres la mort.*

ne fut-il pas banni pour avoir commis l'imprudence, en se faisant élever des statues, de dévoiler ses ambitions politiques avant d'avoir obtenu assez de solides appuis¹ ?

Dans cette conception, qui est absolument indifférente à la moralité ou à l'immoralité des actes accomplis par l'agent, les délits revêtent un caractère objectif². Aux premiers temps du droit, par exemple, le meurtre est caractérisé par tout homicide qui est commis sans que puisse être invoqué l'état de légitime défense ; peu importe que l'acte reproché ait été intentionnel, volontaire, involontaire ou même accidentel : en toute hypothèse, son auteur est considéré comme un meurtrier et punissable comme tel³.

Jadis, un jeune chinois causa la mort de son père en lui faisant prendre un médicament normalement adapté à son cas ; le malheureux, condamné pour parricide, n'échappa au sabre du bourreau qu'en raison de l'intervention de l'Empereur, qui lui accorda sa grâce. Au XIII^e siècle encore, en Angleterre, l'homme qui causait la mort d'autrui par simple accident devait solliciter le pardon royal pour être relaxé. Le droit contemporain connaît encore des délits purement matériels, dépourvus d'élément moral, notamment dans certains domaines sensibles tels que l'environnement⁴.

Déjà de nature objective, ces infractions présentent en outre un caractère indéterminé. Afin de ne pas gêner les magistrats dans leur mission de protection de la société et des intérêts privés majeurs⁵, le législateur se garde bien d'enfermer les incriminations dans des limites précises⁶ ; il n'en donne qu'une notion générale et laisse aux juges le soin de faire évoluer leur domaine d'application en fonction des besoins présents de l'ordre public.

¹ **J.Carcopino**, « Histoire de l'ostracisme athénien » p.114 : *La condamnation pour ostracisme était préventive... Il ne s'agissait, ni de punir des crimes, ni de châtier des attentats, mais d'en empêcher... L'ostracisme réprime les prétentions réelles ou supposées, les allures ambitieuses ou qui paraissent telles.*

² **Hérodote**, « Histoires » II-65 : *En Égypte, celui qui tuerait volontairement ou involontairement un ibis serait infailliblement mis à mort.*

³ **Von Jhering**, « L'esprit du droit romain », T.I, p.127 : *L'esprit de l'ancien droit est l'esprit de vengeance, de satisfaction pour toute espèce d'injustice soufferte, qu'elle soit intentionnelle ou coupable, ou même qu'elle ne soit ni l'une ni l'autre... Que le coup ait été porté avec intention ou par mégarde, ou sans faute aucune, qu'importe à celui qui l'a reçu ? Il sent la douleur, et la douleur le pousse à la vengeance... En un mot, c'est la voix du lésé seul qui dicte à l'ancien droit ses dispositions, c'est la justice au point de vue unilatéral de celui qui a souffert une lésion de son droit.*

⁴ **Cass.crim.** 28 avril 1977 (D.1978 I 149 note M.L. Rassat), relatif au délit de pollution de cours d'eau) : *Le délit prévu et puni par l'art. 434-1 du Code rural, a seulement le caractère d'une infraction matérielle ; le fait qu'il incrimine d'avoir laisser s'écouler dans une rivière des substances toxiques, implique une faute dont la preuve n'a pas à être spécialement rapportée par le ministère public et dont le prévenu ne peut être exonéré que par la force majeure.*

⁵ **C.Soria Saiz**, « La protection de la vie privée en Espagne » (Colloque de l'IFC du Barreau de Paris de mars 1991) à propos d'une loi du 5 mai 1982 relative à la protection de l'honneur, de l'intimité et de l'image : *On a dit que cette loi est une loi pour les juges. En d'autres termes, que c'est une loi qui nécessite une interprétation cas par cas et, en plus, dans de multiples directions. Le préambule de la loi, par exemple, reconnaît que la protection civile de ces droits dépend essentiellement des idées qui prévalent, à un moment donné, dans la société. Ainsi, la loi permet de juger en fonction de données variables selon les moments. Cette approche initiale laisse le champ ouvert à l'arbitraire du juge et crée un climat d'insécurité juridique.*

⁶ **Pothier**, « Commentaire des Coutumes d'Orléans » (1772) p.82 : *La félonie est une injure atroce commise par le vassal contre son seigneur, connu pour tel. Il faut que l'injure soit atroce. On laisse à l'arbitrage du Juge à juger de l'atrocité ; elle peut être jugée telle, non seulement lorsque le Seigneur a été attaqué dans sa personne ; comme lorsque son vassal a porté la main sur lui, ou attenté à sa vie ; mais aussi lorsqu'il l'a été dans son honneur... ; ou lorsqu'il a commis adultère avec sa femme... ; ou enfin lorsqu'il a été attaqué dans ses biens ; comme lorsque son vassal, par de mauvaises manœuvres, a causé la ruine de toute, ou de la plus grande partie de sa fortune.*

C'est de cette philosophie que relèvent naturellement les délits politiques¹ tels que le crime de lèse-majesté² et le crime d'État³, le crime de lèse-Révolution⁴ ou encore le crime de contre-Révolution⁵. L'indistinct halo dans lequel ils baignent laisse toute liberté d'action aux divers organes répressifs⁶. Un marchand de Londres en fit autrefois la triste expérience: Il avait pris pour enseigne une couronne ; afin, disait-il plaisamment, que mon fils se trouve être « héritier de la couronne ». Malheureusement pour lui le procureur de la Couronne d'Angleterre ne goûta pas cette forme d'humour : les juges le condamnèrent à mort pour crime de lèse-majesté.

Dans cette conception répressive, le législateur ne s'en tient pas là : il autorise les juges à sanctionner des actes qu'il n'a pas songé⁷ à incriminer⁸. Ainsi, l'article 16 du Code pénal soviétique de 1926⁹, puis la loi nazie du 28 juin 1935, autorisèrent expressément les juges à raisonner par analogie et à punir les auteurs d'actes, non interdits par la loi à l'époque des faits, mais socialement dangereux au regard « d'une saine mentalité populaire ». Dans le même esprit, on procède à une application rétroactive des lois pénales¹⁰.

¹ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.169 n°68 : *Le droit criminel des États totalitaires voit dans le délit politique l'infraction qui témoigne de la plus grande immoralité. Le non-conformisme à l'ordre social est le signe de l'immoralité des délinquants. Un État autoritaire, que le régime politique soit la dictature d'un homme ou d'un parti, punit des peines les plus graves toute « déviation » et exige même que le coupable reconnaisse lui-même la criminalité de son action.*

² **Jousse**, « Traité de la justice criminelle » v° *Lèse-Majesté humaine* n°1, présentait ainsi ce crime : *Toute entreprise ou offense faite contre la personne du Souverain ou contre l'intérêt de l'État.*

³ **Code prussien**, en son article 91 il incriminait comme « *Crime d'État* » : *L'acte volontaire d'un sujet par lequel l'État ou son chef sont offensés d'une manière immédiate.*

⁴ **Loi du 29 mars 1793**, qui relevait de la même technique : *Quiconque sera convaincu d'avoir composé ou imprimé des ouvrages ou écrits qui provoquent à la dissolution de la représentation nationale ou au rétablissement de la royauté ou de tout autre pouvoir attentatoire à la souveraineté du peuple, sera traduit au Tribunal extraordinaire, et puni de mort.*

⁵ **Décret du 17 septembre 1793**, sur les suspects. Son énoncé était tout aussi vague : *Sont réputés gens suspects : 1° Ceux qui, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie, du fédéralisme, ou ennemis de la liberté.*

⁶ **Code pénal de la Russie soviétique** de 1926, art.58 : *Est considéré comme délit contre-révolutionnaire tout acte visant à renverser, ébranler ou affaiblir le pouvoir des soviets ouvriers et paysans... ou à ébranler, ou affaiblir la sécurité extérieure de L'Union des Républiques socialistes soviétiques et les conquêtes économiques, politiques et nationales de la Révolution prolétarienne.*

⁷ **Code des Gentoux** (ou règlement des brahmanes), Introduction : *Le magistrat administrera la justice suivant les règlements rapportés dans cette compilation. S'il lui survient une affaire dont elle ne parle pas, il considérera l'esprit général de ce Code et condamnera d'après cet esprit ; dans les cas où l'on ne parle pas de l'amende particulière qu'il faut imposer, il examinera l'affaire, et il décernera l'amende qui lui paraîtra la plus juste.*

⁸ **Constitution criminelle de Charles Quint** de 1532. Dans son article 105, elle autorisait les juges répressifs, *sous condition de demander l'avis de jurisconsultes, à condamner dans les cas pour lesquels les articles suivants ne statuent point de punition... en se conformant à l'esprit de nos lois impériales.*

⁹ **Code pénal soviétique** de 1926. Art. 16 : *Si tel ou tel acte socialement dangereux n'est pas nettement prévu par le présent Code, le fondement et les limites de la responsabilité encourue à son sujet sont déterminés conformément aux articles du Code qui prévoient les délits dont la nature s'en rapproche le plus.*

¹⁰ **Schoebecq**, maire de Cassel, se voyait déclaré, le 11 vendémiaire an II, coupable de correspondance avec Calonne. Interrogé sur l'application de la peine, il fit observer, pensant aux siens, qu'il pouvait être condamné à la peine de mort, mais non à la confiscation générale des biens, puisque - *« la loi qui l'ordonne est du 10 mars, alors que le délit imputé est antérieur à cette époque »*. Le rédacteur du Bulletin du Tribunal révolutionnaire observe en toute innocence : *Cette réclamation a un peu étonné l'auditoire, et l'accusé a paru vivement affecté lorsqu'il a vu qu'il n'était point fait droit à sa requête.*

Cette doctrine permet en outre aux tribunaux de retenir la responsabilité collective¹, la responsabilité pénale du fait d'autrui, la responsabilité familiale et même la responsabilité du groupe ethnique². Ainsi, le 3 mars 1996, après un attentat à Jérusalem, le Premier ministre israélien annonça que, désormais, la maison familiale des terroristes serait détruite. En France, selon la législation du travail, les chefs d'entreprises sont *a priori* tenus pour responsables des diverses infractions de police commises dans leur établissement.

Enfin, dans cette logique, le législateur abandonne aux juges du fond³ la latitude de déterminer la sanction la plus adaptée aux particularités du cas d'espèce⁴, avec une faveur marquée pour les peines exemplaires⁵. C'est le Parlement de Paris qui imagina les modalités du supplice infligé à Damien, coupable d'un attentat contre le roi Louis XV. L'imagination parfois surprenante des magistrats peut alors se donner libre cours : ainsi, au XVIII^e siècle, à défaut de loi pénale en matière de bigamie, on condamnait les coupables à être exposés au pilori, les hommes avec autant de quenouilles qu'ils avaient eu de femmes, les femmes avec autant de chapeaux qu'elles avaient eu de maris.

7- CONCEPTION AUTORITAIRE ET RÈGLES DE FORME. La procédure découlant de la conception autoritaire du droit criminel est dite inquisitoire⁶. On la présente en général comme revêtant un triple caractère secret, écrit et non contradictoire⁷, mais ce n'est à vrai dire que par opposition aux principes régissant la procédure accusatoire. En réalité l'instruction inquisitoriale est tout simplement caractérisée par l'absence totale de formes⁸ ; elle échappe par là même à toute analyse scientifique⁹.

¹ **Michelet**, dans son « Histoire de France », raconte que, des habitants d'Arras ayant averti ceux de Douai d'une attaque préparée par Louis XI, le roi, cruellement irrité, jura qu'il n'y aurait plus d'Arras, que tous les habitants seraient chassés, sans emporter leurs meubles... Cette cruelle sentence fut exécutée à la lettre ; pendant plusieurs jours, il n'y eut pas seulement dans la ville un prêtre pour dire la messe.

² **Fauconnet**, « La responsabilité » (Paris 1928) : *Ce ne sont pas seulement les membres humains de la collectivité domestique, mais ses choses, ses propriétés qui sont les patients de certaines sanctions. On doit à Glotz d'avoir bien montré les relations de la responsabilité collective avec l'abatis de maison et la confiscation des biens. En dévastant et en confisquant les biens d'un condamné à mort ou d'un proscrit, il est clair qu'on atteint directement ses héritiers, à la fois dans leurs sentiments domestiques, dans leur honneur et dans leurs intérêts : l'exécution de pareilles sanctions collectives n'est possible que si le droit ne répugne pas à frapper la famille tout entière pour le crime d'un de ses membres.*

³ **Jousse**, « Traité de la justice criminelle », T.3, p.276 : *La peine contre les filles ou femmes débauchées est aujourd'hui arbitraire & dépend des circonstances.*

⁴ **De Ferrière**, « Dictionnaire de droit » : *Le Parlement de Paris, par arrêt du 22 juin 1673, a confirmé la sentence du Lieutenant criminel du Châtelet, qui avait condamné à mort un Directeur de conscience qui avait abusé de sa pénitente : cependant il n'y a ni loi ni ordonnance qui impose cette peine à ce crime.*

⁵ **Circulaire du 29 novembre 1995** (Gaz.Pal. 1995 II Lég.825), dans le domaine sensible du travail clandestin, demande aux préfets d'assurer l'exemplarité de l'action répressive.

⁶ **Ordonnance de Blois de mars 1498**. Son article 110 donne franchement le but de la procédure inquisitoire : *Quant aux prisonniers ou autres accusés de crime, auxquels faudra faire procès criminel, ledit procès se fera le plus diligemment et secrètement que faire se pourra, en manière que nul n'en soit averti, pour éviter les subornations et faux qui pourraient se faire en telle matière.*

⁷ **Larguier et Conte**, « Procédure pénale » (23^e éd.) p.3 : *Procédure inquisitoriale (favorable à la répression) – La procédure est secrète (pas de publicité), écrite (on statue sur pièces sans défense orale), et non contradictoire.*

⁸ **Procès de Jeanne d'Arc**. Au début du second procès, l'évêque Cauchon fit la déclaration suivante : *Quant à savoir si Jeanne devra être interrogée et examinée ultérieurement, nous procéderons de telle sorte qu'avec l'aide de Dieu l'affaire soit conduite à la louange du Seigneur et pour l'exaltation de la foi.*

⁹ **Mommsen**, « Le droit pénal romain », T.II, p.3 : *Lorsque la cognitio apparaît sous sa forme pure, comme dans la procédure extraordinaire sous le Principat, elle échappe à tout exposé scientifique. Son caractère essentiel est alors l'absence légale de toute forme obligatoire.*

Cette procédure constitue une remarquable machine de guerre pour le pouvoir politique qui l'adopte. Aussi fut-elle retenue par la papauté lors de sa lutte contre les hérésies albigeoise et vaudoise. C'est pourquoi les dirigeants politiques recourent spontanément à elle sous la bannière de « Raison d'État »¹.

En 1278, Pierre de la Brosse, ancien favori de Philippe le Hardi, jugé par une Commission composée du duc de Bourgogne, du duc de Brabant et du comte d'Artois, fut pendu à la suite d'une procédure si secrète que l'on n'a jamais pu savoir quel motif de droit avait été retenu à l'appui de cette sentence. Il y a quelques années de cela, en Irlande, la Cour criminelle, chargée de juger les crimes perpétrés par l'armée révolutionnaire irlandaise ou par les milices protestantes, élaborait elle-même ses règles de procédure.

Les traits saillants de la procédure inquisitoire doivent toutefois d'être mis en lumière, en raison de leurs dangers pour le prévenu ou l'accusé².

D'abord le juge bénéficie de la compétence la plus étendue³, il peut se saisir lui-même des faits dont il prend connaissance, et il instruit l'affaire selon la démarche qui lui semble la plus adéquate⁴. Bien plus, sa compétence n'est pas limitée aux agissements matériels du prévenu ; elle s'étend à la personnalité de ce dernier⁵. Si elles viennent à être découvertes, ses pensées les plus secrètes peuvent entraîner sa condamnation : un gentilhomme à l'article de la mort avait reconnu avoir eu la pensée d'assassiner Henri II ; quand il eut recouvré la santé, le Parlement le condamna à être décapité aux Halles.

L'exactitude de cette analyse ressort de la déposition faite, lors des poursuites dirigées contre Fouquier-Tinville, ex-accusateur public du Tribunal révolutionnaire, par Mme de Sérilly (qui comparait son acte de décès à la main !) :

- « *Le 21 floréal, mon mari et moi et vingt-trois autres personnes avons ici été condamnés à mort.*

Il était dit dans l'acte d'accusation que mon mari et moi étions complices des conspirations du 28 février, du 20 juin et du 10 août. On se borna à demander nos noms, nos âges et nos qualités : tels furent les débats qui eurent lieu dans notre jugement. Le président Dumas coupait la parole aux accusés. Aucun ne fut entendu.

Je n'ai conservé la vie que parce que je me déclarais enceinte, et que les chirurgiens l'attestèrent. »

¹ **Un juré du Tribunal révolutionnaire**, de ceux qui condamnèrent à la peine de mort Philippe d'Orléans, dit Philippe Égalité (lui-même régicide), écrivit à son frère une lettre qui traduit bien l'état d'esprit de cette juridiction :

- *Le tribunal va bien. Il fallait que Philippe périt, c'était un scélérat. Quant il eût été innocent, si sa mort pouvait être utile, il fallait qu'il fût condamné. Il n'était nullement complice de Brissot. Il s'en est très bien défendu, aucun témoin à sa charge. Mais il fallait néanmoins le répandre, pour faire cesser les calomnies contre-révolutionnaires.*

² **P. et R. Garraud**, « Précis de droit criminel » (15^e éd.) n°20 p.34 : *La procédure, dite inquisitoire, a ses premiers germes dans les dernières institutions du droit romain impérial, germes développés, au Moyen-Âge, devant les juridictions ecclésiastiques...*

Voici les principes qu'elle met en œuvre : 1°/ Le pouvoir social, au nom de l'intérêt public, procède d'office à la recherche, à la constatation et à la punition du délit ; 2°/ Le juge, délégué par le pouvoir, remplit une fonction publique et permanente ; 3°/ Son examen n'est pas limité aux preuves produites devant lui, il procède d'office et suivant certaines règles à l'instruction, c'est-à-dire à toute recherche de preuves admises par la loi ; 4°/ Cette instruction, écrite et secrète, n'est pas contradictoire ; 5°/ Mais deux institutions viennent limiter les pouvoirs du juge et réduire les risques d'erreur : l'organisation d'un régime de preuves légales qui enchaînent la conviction du juge, et l'institution de l'appel à des juges supérieurs des décisions des juges inférieurs.

³ **Loi du 7 septembre 1941**, donnant compétence au Tribunal d'État pour tous les actes, menées ou activités qui, quelqu'en soient la qualification, l'intention ou l'objet, ont été de nature à troubler l'ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales ou, d'une manière générale, à nuire au peuple français.

⁴ **Loi du 21 mars 1941** portant création d'une Cour criminelle spéciale en matière d'accaparement tendant à entraver le ravitaillement du pays : Article 7 – *La Cour criminelle règle sa procédure.*

⁵ **Procès de Jeanne d'Arc**. Après avoir longuement énoncé les différents chefs d'accusation retenus, l'acte d'accusation du premier procès précisait que l'accusation se réservait le droit d'ajouter, de corriger, de changer, d'interpréter, et toute autre possibilité tant de droit que de fait.

D'autre part l'accusateur public, désigné par les plus hautes autorités publiques, est réputé infaillible du fait de son dévouement à l'intérêt social. Aussi estime-t-on qu'il n'y a pratiquement aucun risque pour qu'il poursuive un innocent ; une présomption de culpabilité pèse par suite sur le défendeur¹.

Le prévenu éprouve en outre de grandes difficultés à se faire assister par un conseil² : tout avocat qui lui apporte son soutien fait en effet figure de complice³. Dans l'Édit de persécution édicté pour les Pays-Bas, Charles Quint décida que, quiconque plaiderait en faveur des protestants encourrait les peines frappant ces derniers. Avocat de Louis XVI, l'honnête Malesherbes, et une partie de sa famille, suivit de peu le Roi sur l'échafaud. En 1938 à Moscou, lors du « procès des droitiers », les vingt et un accusés renoncèrent tous à bénéficier de l'assistance d'un avocat, sachant qu'il serait lui aussi condamné⁴.

Le prévenu ne peut pas plus envisager de citer des témoins à décharge. En effet, celui qui aurait le front de s'opposer à l'accusation, risquerait fort de passer de la barre des témoins au banc des accusés. C'est ce qui arriva, le 19 messidor an II, au geôlier Lesenne : interrogé sur le point de savoir s'il avait eu vent de la « conspiration des prisons », pour laquelle soixante accusés comparaissaient ce jour là devant le Tribunal révolutionnaire, il répondit qu'il n'avait jamais entendu parler de rien de tel ; Fouquier-Tinville le fit immédiatement arrêter pour faux témoignage.

Pour achever ce survol, il convient de souligner que, toujours en raison du caractère sacré de leur mission, les juges vont jusqu'à exiger de l'accusé, qu'il contribue à la recherche de la « vérité », donc qu'il confesse ses péchés, ou qu'il fasse son autocritique⁵. Seuls un aveu complet, un repentir sincère et une abjuration publique⁶ lui laissent miroiter un espoir de clémence. Camille Desmoulins a pu écrire :

¹ **H. Isaïa**, « La justice en Chine » p.65 : *Dans le système judiciaire chinois contemporain, tout prévenu est présumé coupable jusqu'à ce que son innocence soit prouvée... Les communistes chinois considèrent que, dans leur pays, les organes judiciaires émanent des masses... Or, les masses populaires étant incapables de se tromper, il est à peu près sûr que jamais des innocents ne figureront au banc des accusés, que seuls des contre-révolutionnaires et des criminels y comparaitront.*

² **Grégoire IX**, en 1229, aurait édicté la prohibition suivante : *Qu'on n'écoute en aucune façon les citations et les appels des hérétiques ; que les juges, les avocats, les notaires, ne prêtent leur assistance à aucun d'eux, sous peine d'être privés de leur charge à perpétuité.*

³ **Décret du 22 prairial an II**, fixant la procédure devant le Tribunal révolutionnaire. Son article 16 disposait : *La loi donne pour défenseurs aux patriotes calomniés des jurés patriotes ; elle n'en accorde point aux conspirateurs.*

À quelques jours de là, le 28 octobre 1793, aux Jacobins, Chaumette proposait que l'on traite de « mauvais citoyen tout homme qui se chargera de défendre un conspirateur ». Il faisait ainsi écho à la fameuse réplique de Marat à Louis XVI demandant l'assistance d'un avocat : « *Il ne nous faut pas de chicane de Palais* ».

⁴ **Bertin**, « Les procès de Moscou » : Les 21 accusés du « procès des droitiers » firent la même réponse.

- *Le Président* : - Accusé Boukharine, désirez-vous avoir un défenseur ?

- *Boukharine* : - Non.

- *Le Président* : - Accusé Rykov, désirez-vous avoir un défenseur ?

- *Rykov* : - Non...

⁵ **Bernard Gui**, « Manuel de l'inquisiteur » (T.I), p. 3 et 5 : *Quiconque, venant à comparaître comme suspect du crime d'hérésie, sera tenu d'abord de jurer sur les Saints Évangiles de Dieu de dire la pleine et entière vérité sur le fait d'hérésie et sur les faits connexes ou qui relèvent à un titre quelconque de l'office de l'Inquisition, tant en ce qui le regarde comme principal intéressé qu'en ce qui concernerait d'autres personnes vivantes ou défuntés, en qualité de témoin. Le serment prêté et reçu, il sera requis et exhorté à dire de lui-même la vérité sur tout ce qu'il sait, a vu ou entendu sur le fait d'hérésie... Si l'accusateur le juge expédient le prévenu sera obligé de répondre sur le champ de son propre fait.*

⁶ **Bertin**, « Les procès de Moscou ». Lors du procès Radek – Piatakov de janvier 1937, ce dernier déclare : *Citoyens juges, j'ai renoncé à prononcer un plaidoyer parce que l'acte d'accusation était juste en ce qui concerne l'établissement des faits et en ce qui concerne la qualification de mon crime...*

*Ce sont les despotes maladroits qui se servent de baïonnettes ;
L'art de la tyrannie est de faire la même chose avec des juges.*

Depuis l'avènement de ce quatrième Pouvoir que constituent la presse écrite, la radio et la télévision, sa remarque apparaît à la fois justifiée et prémonitoire. De nos jours, les opinions politiquement correctes se trouvent relayées par les principaux médias directement ou indirectement contrôlés par l'État, alors que les personnes affichant des sentiments contraires se trouvent clouées au pilori et mises dans l'impossibilité de se défendre.

B - CRITIQUE DE LA CONCEPTION AUTORITAIRE

8 - CRITIQUE DE LA STRICTE CONCEPTION AUTORITAIRE. La doctrine qui place l'intérêt social au premier rang des intérêts qu'il appartient à l'État de protéger, par la voie du droit criminel, apparaît parfaitement justifiée en son principe¹, tant il est vrai que l'on ne peut envisager de se préoccuper des intérêts privés que dans la mesure où l'ordre social se trouve d'ores et déjà assuré².

L'écueil auquel se heurte cette philosophie résulte des abus qu'elle est susceptible d'engendrer, du fait que ce sont des organes publics qui détiennent le pouvoir de dire quand l'intérêt public est suffisamment pressant pour que les intérêts privés y soient sacrifiés. Dans ces conditions, la dérive totalitaire menace à chaque instant, comme nous avons pu l'observer dans les développements précédents³.

D'un point de vue général, on observera d'abord qu'il est dangereux d'accorder trop de pouvoirs à de simples êtres humains. En effet, même s'ils s'efforcent de s'élever au niveau de la mission qui leur a été confiée, ils risquent ne pas parvenir à dominer leurs passions ou à vaincre la peur de représailles, ils peuvent ne pas conserver à chaque instant leur équilibre tant physique que psychique et ils peuvent même ne pas avoir acquis une connaissance suffisante des techniques judiciaires indispensables à l'exercice correct de leur fonction. On ne saurait donc à l'évidence confier un pouvoir absolu aux juges⁴.

La situation s'aggrave encore lorsqu'un pouvoir totalitaire cherche à couvrir ses menées sous le voile d'un procès pénal classique⁵, en s'appuyant sur des magistrats à sa dévotion¹.

Voyez-vous, Citoyens juge, le plus dur pour moi, ce n'est pas le juste arrêt que vous allez prononcer ; c'est l'aveu que je suis tombé dans le centre même de la contre-révolution, de la contre-révolution la plus répugnante, la plus abjecte, contre-révolution de type fasciste, contre-révolution trotskiste.

¹ **Perrot**, « Institutions judiciaires » (Paris 1983) p.510 n° 519 : *À la différence du procès civil qui met en cause des intérêts privés, le procès pénal est une affaire d'État qui intéresse au premier chef l'ordre public. Toute infraction constitue une offense à la collectivité : il ne peut dépendre de la victime ou de la personne poursuivie que la vérité soit ou non découverte, et que l'infraction soit ou non punie.*

² **Hérodote**, « Histoires » I-97 : *Du jour où Déjocès cessa de siéger comme juge, la rapine, l'iniquité désolèrent la région.*

³ **Vidal et Magnol**, « Cours de droit criminel » (9e éd.) T.II p.1358 n°897-3 : *L'arbitraire du juge n'était pas sans avantages. Il assurait mieux la défense sociale, car, d'une part, le législateur ne peut pas prévoir à l'avance tous les faits dommageables pour l'ordre social qu'il faudrait réprimer ; des circonstances variables à l'infini, inconnues lors du vote de la loi, peuvent révéler telle situation où il y a danger et scandale à ne pas punir un acte ; d'autre part, de larges pouvoirs accordés au juge pour l'application de la peine assurent une répression plus adéquate à la responsabilité morale et sociale du délinquant.*

Toutefois, un tel pouvoir est redoutable pour la sûreté personnelle et la liberté individuelle ; il peut insensiblement devenir tyrannique.

⁴ **Maeterlinck**, « Devant Dieu », observait avec sagesse : *Nous ne pouvons juger l'homme qu'en homme ; laissons à Dieu le soin de le juger en Dieu.*

⁵ **Fayard**, « La justice révolutionnaire » p.265 : *Hantés par la légitimation « légaliste » de l'épuration menée, les révolutionnaires ne cessent de légiférer, de codifier, de donner, jusqu'à l'absurde, une forme judiciaire à des actes criminels d'épuration pure et simple. Ce n'est pas spécifique d'ailleurs à la*

Au XIX^e siècle, de dangereux idéologues socialistes ont soutenu que les progrès du genre humain rendaient caducs de tels risques, et permettaient de balayer ces craintes pour l'avenir². L'histoire du XX^e siècle leur a apporté un cinglant démenti, avec notamment les tristement célèbres « procès de Moscou ». Il y aura hélas toujours des ambitieux ou des fanatiques en quête de pouvoir absolu³.

Tout aussi dangereuse apparaît la réunion sur une seule tête des deux fonctions de juge protégeant la société et de médecin du prévenu⁴. Elle conduit inévitablement à la négation de la notion de défense⁵ et, par conséquent, à la négation de l'existence de droits de la défense⁶. Le premier procès de Jeanne d'Arc s'ouvrit par cette déclaration liminaire du Président : « *Nous dûmes à Jeanne que tous les assesseurs entendaient procéder avec elle en toute piété et mansuétude... en cherchant non pas vengeance ou punition corporelle, mais son instruction et son retour à la voie de la vérité et du salut* ». En présence de magistrats si attentionnés, si prévenants, si bienveillants, que faire d'autre que de s'incliner et se soumettre à leur bon vouloir ?

Quant au fond⁷, il est à l'évidence périlleux d'accorder aux magistrats le pouvoir de modeler chaque incrimination et d'étendre son champ d'application à l'espèce présente, soit sous l'empire de pressions extérieures, soit en raison de leurs convictions propres. Laisser aux juges le choix de la sanction applicable en l'espèce n'est guère moins risqué : d'abord, certains tribunaux risquent de céder aux ordres du pouvoir en faisant prévaloir la répression sur la prévention⁸; d'autre part on peut craindre une inégalité de traitement

Terreur : tous les régimes totalitaires se cachent sous le masque du Droit pour éliminer leurs adversaires.

¹ **Montesquieu**, « Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence », Chap. XIV : *Comme il n'est jamais arrivé qu'un tyran ait manqué d'instruments de sa tyrannie, Tibère trouva toujours des juges prêts à condamner autant de gens qu'il en put soupçonner.*

² **Garofalo**, le « juriste » des positivistes, dans « La criminologie » (2^e éd.), p.394 : *Parfois, sous des gouvernements despotiques, on a poursuivi des conspirations imaginaires, inventées par une police trop remuante... Quel serait l'État moderne qui voudrait avoir recours à des moyens si honteux et qui seraient aussitôt découverts ?*

³ **Adams et Brock**, « The bigness complex » : *L'idéologie offre des certitudes... Elle prétend avoir des réponses scientifiques pour tous les problèmes délicats, et offrir de la sorte un critère infaillible pour juger quelque affaire que ce soit.*

⁴ **Victor Hugo** a nourri de faux espoirs lorsqu'il a écrit : *Un jour, on regardera le crime comme une maladie, et cette maladie aura ses médecins qui remplaceront vos juges, ses hôpitaux qui remplaceront vos bagnes.*

⁵ **Perrot**, « Le rôle du juge dans la société moderne » (Gaz.Pal. 1977 I doct. 91) a pu faire cette mise en garde : *A mon sens, la pire des justices serait celle qui transformerait les prétoires en confessionnaux, les juges en directeurs de conscience, et les avocats en sacristains. Toute suggestion, tout conseil, venant du juge risque d'entretenir dans l'esprit du plaideur le sentiment d'une fausse sécurité ; s'il n'obtient pas gain de cause, ou s'il n'obtient pas ce qu'il attendait, il aura facilement l'impression d'avoir été trahi par son juge.*

⁶ **Ch.Léa**, « Histoire de l'Inquisition » (T.I), page 450 : *Pour bien comprendre la méthode juridique de l'Inquisition, il faut se faire une idée de la manière dont l'inquisiteur concevait ses relations à l'égard des accusés... En tant que juge, il défendait la foi et vengeait les injures faites à Dieu par l'hérésie. Mais il était plus encore qu'un juge : il était un confesseur luttant pour le salut des âmes que l'erreur entraînait à la perdition. Pourvu que sa sainte mission fût remplie, les moyens importaient peu. Le coupable devait témoigner d'abord d'une soumission sans réserve au père spirituel qui travaillait à le sauver de l'enfer.*

⁷ **Cahiers de doléances**, établis à l'occasion de la réunion des États généraux de 1789. Ils demandaient que l'on détermine d'une manière précise ce qui est crime de lèse-Majesté (article 72 du résumé officiel établi par la Chancellerie). L'article 19 de ce même résumé formait le vœu que l'on défendît aux tribunaux d'établir désormais une jurisprudence contraire aux lois.

⁸ **Code brahmanique des Gentoux** (trad. 1771) contient cette apologie : *Le châtiment inspire la terreur ; le châtiment est le conservateur du peuple ; le châtiment est le défenseur contre les calamités ;*

entre les justiciables selon qu'ils comparaitront devant telle ou telle juridiction. Et quelles étranges sentences ne risque-t-on pas de relever ? En 1126, pour avoir vendu de la viande un vendredi, un boucher de Laon fut condamné par l'Évêque du lieu à porter publiquement une morue, lors de la future procession.

La procédure inquisitoire encourt, elle aussi, de graves reproches. Est-il raisonnable de laisser les juges se saisir eux-mêmes, alors qu'à l'évidence ils ne retiendront une affaire que dans le cas où ils estimeront *a priori* devoir entrer en condamnation ? Est-il équitable de faire peser sur le prévenu une présomption de culpabilité, qui faussera inévitablement le déroulement de l'instruction ? Est-il juste de priver de défenseur un prévenu qui se trouve déjà en position d'infériorité¹ par rapport à un accusateur public professionnel² ? Est-il de bonne technique d'affranchir les juges de toute règle d'instruction, plutôt que de leur imposer de suivre rigoureusement un raisonnement scientifique logique³ ? Ces critiques n'empêchèrent pas la procédure inquisitoire de se maintenir en France, sous une forme modérée il est vrai, depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts jusqu'à la Révolution.

Les écrivains du XVIII^e siècle, en particulier Voltaire, ne lui ménagèrent pas leurs critiques, trop souvent partiales. C'est toutefois l'aiguillon de ces reproches qui donna naissance à la science criminelle, discipline qui va bien au-delà de la simple description à laquelle se bornait jusqu'alors la doctrine (études au demeurant savantes et menées avec une remarquable connaissance de la nature humaine). Deux ouvrages, diffusés peu avant la Révolution, eurent une grande influence sur les futurs législateurs : tout d'abord le « *Traité des délits et des peines* » de Beccaria⁴, généreux mais très superficiel, d'autre part le « *Traité de législation pénale* » de Bentham⁵, rigoureux mais trop théorique.

Au demeurant, à long terme, l'intérêt bien compris du pouvoir politique est-il vraiment de régner par la force ouverte ou par des procédés iniques ? Avec Lao-Tseu, il nous semble assurément préférable de dire : *On gouverne un royaume par la justice.*

le châtement est le gardien de ceux qui dorment ; le châtement au noir visage et à l'œil rouge épouvante le délinquant.

¹ **Morizot-Thibault** rapporte cette instructive anecdote sur le Chancelier Poyet, qui généralisa la procédure inquisitoire par l'Ordonnance de Villers-Cotterêts :

Lorsque le Chancelier Poyet préparait cette loi inique qui privait désormais l'inculpé de l'assistance d'un conseil, un homme du Roi lui représenta le danger qu'il faisait ainsi courir à la sûreté des sujets. « La loi, lui répondit le chancelier, ne doit pas être faite pour les malfaiteurs... »

Lorsque le chancelier Poyet, accusé de péculat, fut lui-même traduit devant les juges, il demanda l'assistance de cet avocat qu'il avait interdit. « Supportez, lui répondit le Premier président, la loi que vous nous avez imposée ».

² **Wallon**, « Histoire du Tribunal révolutionnaire » (T.IV), p.24 : *Les débats du procès diligent contre Carrier offrirent un curieux spectacle. Cet homme, qui dans son proconsulat menait si rondement les procès, qui voulait que le Tribunal de Nantes envoyât à la guillotine sans jugement, a recours à des chicanes de procureur. Il récuse le président, le substitut, les jurés...*

³ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » (T.IV), p.14 : *Administration de la justice et ordre légal dans les débats judiciaires sont synonymes. Vanter la liberté des débats, c'est proclamer la liberté de l'arbitraire et de la partialité chez le juge, c'est préconiser la liberté de la chicane.*

⁴ **Beccaria**, « Des délits et des peines » (1764), Chap.1 : *Si les lumières de notre siècle ont déjà produit quelques avantages, elles sont loin d'avoir dissipé tous les préjugés qui nous restent. On ne s'est élevé que faiblement contre la barbarie des peines en usage dans nos tribunaux. On ne s'est point préoccupé de réformer l'irrégularité des procédures criminelles... En traitant ces matières importantes, heureux si je puis être l'objet de votre reconnaissance, ô vous, disciples obscurs et paisibles de la raison.*

⁵ **Bentham**, « Traité de législation pénale », Introduction : *L'objet de ce livre est de faire connaître les délits, de les classer, et de décrire les circonstances qui les aggravent ou les atténuent. C'est le traité des maladies qui doit précéder celui des remèdes. La nomenclature vulgaire des délits n'est pas seulement incomplète, elle est trompeuse. Il fallait commencer par la réformer, ou laisser la science dans l'obscurité où on l'a trouvée.*

§ 2 LA JUSTICE CRIMINELLE GARDIENNE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

9 - FONDEMENT DE LA CONCEPTION LIBÉRALE. C'est le doute justifié sur l'infaillibilité des pouvoirs publics et de leurs représentants qui inspire une conception libérale, évoquant quelque peu la doctrine anarchiste. Les magistrats répressifs sont ici envisagés en tant qu'êtres humains tout aussi sujets à l'erreur que les autres hommes ; en sorte que la sagesse invite à restreindre leurs pouvoirs aux limites de la fonction dont ils sont investis, fonction qui consiste à appliquer la loi et à « dire le droit »¹.

Au magistrat souverain, doté de tous les pouvoirs, succède le juge serviteur de la loi², arbitre impartial entre, d'un côté l'accusation, de l'autre la défense³.

A - PRINCIPES DÉCOULANT DE CETTE CONCEPTION

10 - CONCEPTION LIBÉRALE ET RÈGLES DE FOND. Un législateur soucieux de garantir les libertés individuelles doit commencer par définir avec la plus grande précision possible les agissements auxquels il entend attacher une sanction pénale. L'application scrupuleuse de cette règle s'impose si l'on veut que les citoyens connaissent, à l'avance, et de manière exacte, les limites du licite et de l'illicite, et qu'ils sachent dès lors dans quelles limites il leur est permis d'agir en toute sécurité juridique⁴.

Lorsque, le 10 février 1820, l'État de Louisiane chargea Livingstone de rédiger un projet de Code pénal, il lui prescrivit expressément d'élaborer *un texte désignant tous les délits punissables par la loi, les définissant en termes clairs et précis, et indiquant la peine applicable à chaque délit.*

En second lieu, le Parlement doit prendre comme base d'incrimination, non plus la notion objective d'acte dommageable, qui atténue la charge de l'établissement de la preuve par l'accusation, mais la notion subjective d'acte intentionnellement dommageable⁵,

¹ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » (I-II, qu. 95 art.1), paraphrasant **Aristote** (Rhétorique I) : *Il vaut mieux régler les choses par la loi que de les abandonner à la décision du juge, et cela pour trois raisons.*

D'abord il est plus facile de trouver un petit nombre de sages capables de faire de bonnes lois, qu'un grand nombre d'hommes qui puissent juger sainement toutes les affaires.

Ensuite, celui qui fait la loi considère dans tous leurs rapports et pèse mûrement les choses qu'il doit décréter, mais celui qui rend la justice prononce promptement sur les litiges qui se produisent chaque jour ; or la réflexion découvre plus sûrement le droit d'un vaste point de vue, que l'impression momentanée ne peut le saisir rapidement dans un cas particulier.

Enfin, le législateur statue sur des choses générales et futures ; mais le juge prononce sur des intérêts présents qui peuvent fausser son jugement par l'influence de l'amour, de la haine ou de la cupidité.

Puisque le juge n'est donc pas toujours la justice vivante et que ses convictions sont mobiles, il faut dans tous les cas possibles déterminer, fixer la sentence et n'abandonner que fort peu de choses à son libre arbitre.

² **Le Chancelier Bacon**, a énoncé cet aphorisme resté célèbre : *Il faut que la loi avertisse avant de frapper. C'est avec raison qu'on pose en principe que la meilleure loi est celle qui laisse le moins à la disposition du juge.*

³ **Cass.crim.** 8 décembre 1993 (Gaz.Pal. 1994 I somm.153) : *Le Président ne doit pas manifester sa propre opinion sur la culpabilité de l'accusé.*

⁴ **Code annamite des Lé**, Introduction : *Faire connaître les châtements pour que chacun soit averti des pénalités invariables, exposer minutieusement les lois et défenses, pour transmettre à tout jamais leurs prescriptions, voilà à quoi répond ce livre. De la sorte, ceux qui consultent la loi s'y conforment en y trouvant des données certaines, et ceux qui sont chargés de l'appliquer s'en tiennent à ses dispositions pour ne pas tomber dans les excès.*

⁵ **Démosthène**, « Contre Aristocrate » § 49 et 50 : *C'est toujours l'intention qui fait le bien ou le mal des actes, comme vous le constatez dans tous les domaines du droit... Partant, nous trouverons l'intention comme élément constitutif du délit.*

qui permet le plein exercice des droits de la défense. Toutes les législations respectueuses des droits individuels évoluent peu à peu en ce sens¹ ; elles ne laissent guère subsister d'incriminations objectives que pour assurer une protection efficace de quelques intérêts juridiques majeurs, et aussi dans le domaine des contraventions de simple police.

À ces infractions subjectives correspond une responsabilité strictement individuelle². Dans ce cadre, nul ne peut être condamné en raison d'un acte délictueux commis par autrui, qu'il s'agisse d'un parent³, d'un employé, voire simplement d'un concitoyen.

En ce qui concerne les sanctions, la doctrine libérale impose d'abord au législateur de procéder avec la plus grande précision. Son idéal consiste en l'établissement de barèmes tirés au cordeau⁴ ; à chaque fait dommageable doit correspondre une peine précise ; nulle individualisation judiciaire n'est prévue. Rédigé pendant la phase libérale de la Révolution, le Code pénal du 25 septembre 1791 relevait de cette conception : il punissait par exemple le vol avec violence de dix années de fers, le vol sur un grand chemin de quatorze années de fers, le vol avec effraction de huit années de fers, le vol de ruches de quatre années de détention... Il précisait tout aussi exactement les effets de chaque circonstance aggravante et de chaque cause d'atténuation de la sanction.

De son côté, le tribunal doit s'en tenir à la peine prévue par les textes en vigueur à la date des faits⁵. Bien plus, aucune possibilité d'adaptation de la sanction ne lui est ouverte¹,

¹ **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » (éd. Paris 1823), T.V, p.22, écrivait à la grande époque de la Common law : *Le concours de la volonté est la seule chose qui puisse rendre une action louable ou criminelle dans un homme.*

² **Merle et Vitu**, « Traité de droit pénal » T.I (7^e éd.) p.661 n° 524 : *Le principe selon lequel nul n'est responsable pénalement que de son propre fait est justifié par les exigences élémentaires de la justice rétributive, car il n'est pas concevable que l'on puisse punir une personne dont la conduite est complètement étrangère à l'infraction poursuivie.*

³ **Cour EDH** 29 août 1997 (Gaz.Pal. 21 juillet 1998) : *Hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit.*

⁴ **Code chinois des Ta-ts'ing** (trad. Boulais). Il prévoyait les peines suivantes pour le vol furtif, ou le vol commis par ruse :

Pour	1	once d'argent au plus	60	coups de bâton	
Pour	1 à 10	onces d'argent au plus	70	coups de bâton	
Pour	10 à 20	onces d'argent au plus	80	coups de bâton	
Pour	20 à 30	onces d'argent au plus	90	coups de bâton	
Pour	30 à 40	onces d'argent au plus	100	coups de bâton	
Pour	40 à 50	onces d'argent au plus	60	coups de bâton	+ 1 an d'exil
Pour	50 à 60	onces d'argent au plus	70	coups de bâton	+ 1 an 1/2 d'exil
Pour	60 à 70	onces d'argent au plus	80	coups de bâton	+ 2 ans d'exil
Pour	70 à 80	onces d'argent au plus	90	coups de bâton	+ 2 ans 1/2 d'exil
Pour	80 à 90	onces d'argent au plus	100	coups de bâton	+ 3 ans d'exil
Pour	90 à 100	onces d'argent au plus	100	coups de bâton	+ exil perpétuel
Pour	100 à 110	onces d'argent au plus	100	coups de bâton	+ exil à 2500 lis
Pour	110 à 120	onces d'argent au plus	100	coups de bâton	+ exil à 3000 lis
Pour	120 et +	onces d'argent au plus		strangulation	
Pour	120 et +	+ circonstances aggravantes		décapitation	

⁵ **Cass.crim.** 18 octobre 1990 (Gaz.Pal. 1991 I Chr.172) : *Les juges répressifs ne peuvent prononcer de peine supérieure à celle qui était édictée par la loi en vigueur à la date de la commission de l'infraction qu'ils répriment.*

car dans un système légaliste les particularités de l'espèce ne sauraient être prises en considération². Encore le tribunal doit-il prendre soin de viser expressément le texte dont il fait application, pour que l'on ne puisse lui adresser le reproche d'arbitraire³.

11 - CONCEPTION LIBÉRALE ET RÈGLES DE FORME. Ici, le tribunal doit suivre scrupuleusement les règles strictes et impératives qui caractérisent la procédure accusatoire⁴. Essentiellement légaliste, elle a été conçue dans le but de protéger les citoyens contre les arrestations arbitraires aussi bien que contre les simulacres de procès⁵. Dans une étude sur la preuve en droit canadien, le professeur Lamer a souligné qu'en Angleterre la bataille des libertés s'est gagnée, non par de solennelles proclamations de principes, mais par de simples garanties procédurales⁶.

Ainsi, un tribunal ne peut juger une affaire qui ne relevait pas de sa compétence à l'époque où les faits reprochés ont été perpétrés par l'accusé⁷. De plus, loin de pouvoir se saisir lui-même, il doit attendre de l'être, soit par un simple citoyen exerçant l'action populaire⁸, soit par une victime (publique ou privée) exerçant l'action civile, soit par le Procureur de la République exerçant l'action publique.

Les règles régissant la procédure accusatoire, qui ont été justement qualifiées de « logique pratique » par l'italien Nicolini, se situent sur deux plans. Les unes imposent une méthode de raisonnement fixant l'ordre dans lequel les différentes questions doivent

¹ **Jousse**, « Traité de la justice criminelle » (Paris 1771) T.I p.41 : *Il n'est pas permis aux juges, de quelque qualité qu'ils soient, de prononcer d'autres peines que celles qui sont usitées dans le royaume. Ainsi une sentence du Prévôt de Paris, qui avait condamné un Anglais à être noyé, fut infirmée.*

² **Garcillasso de la Vega**, « Histoire des Incas » (Paris 1830), T.I p.211 : *Lorsqu'un juge rendait une sentence, il ne devait pas déroger à la punition portée par la loi, mais l'exécuter sous peine de mort.*

³ **Code annamite de Gia Long**, art. 380 Commentaire officiel : *Les magistrats des tribunaux doivent se conformer aux lois et décrets pour prononcer les peines ; dans les jugements ils doivent toujours citer complètement la loi ou le décret.*

⁴ **Garraud**, « Traité d'instruction criminelle » T.I, p.11 n° 8 et s. : *Voici quels sont les principes qui forment le fond du système accusatoire... L'accusation est librement exercée par tout citoyen, mais il n'y a pas de procès pénal sans un accusateur qui en prend l'initiative et la responsabilité... Le juge ne peut procéder, de sa propre initiative, ni pour se saisir, ni pour s'éclairer ; son rôle consiste à répondre aux questions qui lui sont posées, à examiner les preuves produites devant lui, et à se décider sur ces preuves. Il assiste en témoin à la lutte ; il dirige le combat pour qu'il soit et reste loyal ; il dit qui est le vainqueur ; mais à aucun moment de la procédure, il ne prend un rôle actif, soit pour poursuivre, soit pour enquêter... L'instruction a trois caractères essentiels : elle est contradictoire, orale, publique.*

⁵ **Faustin Hélie**, « Traité de l'instruction criminelle » (2^e éd.), T.I, p.7 n°5, a heureusement souligné cette importance : *La loi de procédure est le complément nécessaire des libertés publiques ; ses formalités sont destinées à protéger les droits des citoyens, à les préserver de tout arbitraire, de tout excès de pouvoir ; elle acquiert donc la même importance que la loi politique, et cette importance est immédiate ; car elle protège ou menace incessamment les biens les plus précieux : l'honneur, la vie, la sûreté.*

⁶ **Morizot-Thibault**, « De l'instruction préparatoire » page VI : *Lorsque les anglais voulurent établir l'indépendance, ils commencèrent par introduire à la base de leurs lois en protégeant les citoyens contre le danger des arrestations arbitraires. Le principe de l'habeas corpus, proclamé par la Grande-Charte, fut à l'origine de cette liberté bienfaisante qui, montant de degrés en degrés, finit par se répandre dans tout le Gouvernement. Alors on vit s'établir dans la Grande-Bretagne cet état légal où le citoyen, ayant la garde de lui-même, toute maison fut considérée comme une forteresse, où la mainmise ne fut autorisée sur les personnes qu'en vertu d'une présomption grave, où l'homme de police ne fut qu'un agent d'exécution de la loi, où l'inculpé réputé innocent, put connaître et discuter librement toutes les charges.*

⁷ **Charte du 4 juin 1814**, art.62 : *Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels.*

⁸ **Socrate** fut victime d'une action populaire, fondée sur cette accusation : *Mélitus de Lampsaque accuse, sous la foi du serment, Socrate d'Alopèce, fils de Sophronisque, des crimes suivants : Socrate est coupable de ne pas croire aux Dieux reconnus par la ville et d'en introduire de nouveaux ; il est également coupable de corrompre la jeunesse. Pour ces crimes : la mort.*

être examinées (il s'agit du raisonnement judiciaire). Les autres précisent les formes qu'il convient d'observer à chaque stade de ce raisonnement.

Tout d'abord, le tribunal est invité à suivre un raisonnement linéaire conçu pour faire obstacle aux emportements et préjugés. **1°**/ Obligatoirement saisi par l'accusation de faits qu'elle affirme tomber sous le coup de telle loi pénale, il doit d'abord vérifier l'existence de ces faits¹, puis l'applicabilité de cette loi, et enfin contrôler la correspondance entre ces faits et cette loi². **2°**/ S'il apparaît qu'une infraction a bien été commise, alors il lui appartient de s'interroger sur l'éventuelle responsabilité du prévenu. **3°**/ Dans l'affirmative, il doit appliquer à celui-ci la peine prévue par le législateur³.

Tel est le régime qui est applicable en France pour les infractions incriminées par la loi du 29 juillet 1881 sur la presse. Ainsi, que l'accusation ne soit pas suivie par le juge sur la qualification devant être donnée aux faits suffit à imposer un acquittement irrévocable⁴.

Ensuite, l'instruction sur les faits obéit à des règles précises. Dans ce type de procédure, le juge ne joue pas un rôle moteur ; il apparaît plutôt comme un arbitre chargé de veiller au bon déroulement d'une procédure impartiale⁵, publique⁶, orale et contradictoire dont les principaux acteurs sont l'accusateur et de défendeur⁷.

Celui sur qui pèse la charge d'ouvrir les débats est bien évidemment l'accusateur : ayant cité en justice un citoyen *a priori* honorable, il lui appartient de détruire la présomption d'innocence⁸ dont ce dernier bénéficie⁹. Réponse de la défense, réplique du demandeur,

¹ **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » (T.VI) p.281 : *L'offense doit être désignée avec clarté et certitude. Dans certains crimes il faut employer certains termes particuliers de l'art, lesquels sont tellement appropriés par la loi qu'ils ne peuvent être suppléés par aucun autre, quelque synonymie qu'il puisse paraître. Dans les accusations pour meurtre, il faut dire que la partie accusée a assassiné, et non pas tué ou égorgé la victime... autrement l'accusation est nulle.*

² **Cass.2° civ.** 29 avril 1998 (arrêt Dewilde) : *Une demande d'insertion de réponse adressée au « directeur du journal », et non expressément au « directeur de la publication » comme le prévoit l'art.13 de la loi du 29 juillet 1881, ne comporte pas d'effet obligatoire.*

³ **Code de Gia Long**, décret complémentaire à l'art. 35 : *Tout jugement, toute condamnation à une peine, doivent toujours être prononcés selon l'article spécial de la loi ou le décret relatif au fait.* Philastre, le remarquable traducteur de ce Code observait : *Ce décret présente un exemple de la tenacité avec laquelle le législateur chinois cherche à enlever au juge toute latitude dans la fixation de la peine.*

⁴ **Loi du 29 juillet 1881**. L'esprit de cette loi ressort des deux arrêts suivants :

Cass.crim. 13 novembre 1978 (Bull.crim. n°313 p.809) : *Le réquisitoire introductif pris en application de la loi du 29 juillet 1881 fixe irrévocablement les points sur lesquels le prévenu aura à se défendre et délimite définitivement la poursuite.*

Cass.crim. 10 mars 1980 (Bull.crim. n°86 p.202) : *En obligeant le demandeur à préciser le fait incriminé et à indiquer le texte applicable à la poursuite, la loi a voulu seulement, dans l'intérêt de la défense, que l'objet de la prévention fût d'avance expressément déterminé.*

(Comparez ces formules aux réserves accompagnant l'acte d'accusation dirigé contre Jeanne d'Arc, rapporté ci-dessus)

⁵ **Cass.crim.** 8 décembre 1993 (Gaz.Pal. 1994 I somm.153) : *Le président ne doit pas manifester sa propre opinion sur la culpabilité de l'accusé.*

⁶ **Brissot de Warville**, « Théorie des lois criminelles » (éd. 1836), T.II, p.190 : *Toute la procédure doit-elle être secrète? L'inquisition dit oui, la liberté dit non !*

⁷ **Van Gulik** (préface. de l'ouvrage chinois intitulé Dee Goong An) : *L'instrument de contrôle le plus puissant de tout abus de pouvoir judiciaire était l'opinion publique. Toutes les audiences du tribunal étaient publiques, et la ville entière était au courant et discutait les délibérations du tribunal. Un juge cruel et arbitraire n'aurait pas tardé à voir la population se dresser contre lui.*

⁸ **Déclaration des droits de l'homme de 1789**, article 9 : *Tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable...*

⁹ **Kenny**, « Esquisse du droit criminel anglais » p.433 : *Dans une accusation criminelle, le fardeau de la preuve incombe à l'accusation.*

riposte de l'accusé qui devra nécessairement avoir le dernier mot, vont alors se succéder sous le contrôle d'un juge qui veillera scrupuleusement à ce que chaque partie puisse s'exprimer et à ce qu'aucun des acteurs de cette joute n'use d'armes déloyales. Le respect des droits de la défense apparaît ici comme la règle d'or¹.

Contrairement à ce qui se passait au cours de notre Ancien droit, après la clôture des débats le tribunal doit statuer par une décision motivée². Il est tenu de ne prendre en considération que les faits qui ont été dénoncés dans l'acte d'accusation³, et sur lesquels le prévenu a été appelé à se défendre⁴.

B - Critique de la conception libérale

12 - LES FAIBLESSES DE LA CONCEPTION LIBÉRALE. Quelque attirance que l'on puisse éprouver à l'égard de la procédure accusatoire, que l'on aimerait bien se voir appliquer si l'on venait à être cité en justice (mais qui apparaît délicate pour le plaignant⁵), force est de reconnaître qu'elle présente des faiblesses. Fin connaisseur de la nature humaine, Balzac disait du légalisme qu'il favorisait les « friponneries sociales » ; en effet un malfaiteur habile aura eu tout son temps pour effacer les traces permettant de remonter jusqu'à lui, en sorte que la victime, surtout s'il s'agit d'un simple particulier, se trouvera en nette position d'infériorité dans une procédure où la charge de la preuve lui incombe.

La règle selon laquelle un acte ne saurait être reproché à son auteur, s'il n'était pas incriminé par une loi en vigueur au jour des faits, n'encourt pas la critique. Sans doute arrive-t-il qu'un malfaiteur parvienne à se faufiler entre deux textes d'incrimination pour commettre impunément un acte condamné par le droit naturel, mais la fréquence de telles situations ne doit pas être surestimée : la victime peut toujours se tourner vers les juges civils, et une intervention législative permet de vite combler ce vide juridique. À vrai dire, dans une société héritière d'une vaste expérience ces vides législatifs sont exceptionnels, et le plus souvent imposés par des obstacles techniques.

Plus discutable apparaît la technique des peines fixes, qui impose aux juges d'appliquer mécaniquement des sanctions déterminées dans l'abstrait, et leur interdit de prendre en considération, tant les particularités de l'espèce que la personnalité du coupable⁶. Ce défaut

¹ **Ortolan**, « Éléments de droit pénal » (T.II), n°2288 p.569 : *Le droit de défense est l'âme du système accusatoire ; c'est un droit qui n'a besoin d'être écrit nulle part pour appartenir à tous.*

² **Décret des 8-9 octobre 1789**, art.22 : *Toute condamnation à une peine afflictive ou infamante, en première instance ou en dernier ressort, exprimera les faits pour lesquels l'accusé sera condamné, sans qu'aucun juge puisse jamais employer la formule : « Pour les cas résultant du procès ».*

³ **Code de Gia Long**. Son article 371 était particulièrement rigoureux : *Dans toute instruction criminelle, et en interrogeant les prévenus, on doit absolument diriger l'information selon les allégations portées dans l'accusation ; si on questionne sur d'autres sujets que les faits contenus dans l'accusation, cherchant ainsi à découvrir d'autres motifs de culpabilité contre le prévenu, ce procédé sera pénalement poursuivi.*

⁴ **Cass.crim.** 5 décembre 1978 (Gaz.Pal. 1979 1 149) : *Tout prévenu a droit à être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de la prévention dont il est l'objet ; il doit, par suite, être mis en mesure de se défendre tant sur les divers chefs d'infractions qui lui sont imputés que sur chacune des circonstances aggravantes susceptibles d'être retenues à sa charge.*

⁵ **Code d'Hammourabi**. Son article 1^{er} relève de la pure procédure accusatoire : *Si quelqu'un a accusé un homme en lui imputant un meurtre, mais s'il n'a pu l'en convaincre, l'accusateur sera tué.*

⁶ **Philastre** observe, sous l'article 250 du **Code de Gia Long** : *Un décret chinois de 1823 fixe le nombre d'années pendant lesquelles les condamnés devront s'être conduits honorablement pour avoir droit à la réhabilitation. L'initiative des tribunaux y perd. On ne saurait trop remarquer que c'est là un défaut capital de la législation chinoise. Le législateur vise au but intangible de la suppression de toute initiative chez le juge, qu'il considère toujours comme corruptible. Or, si bien fait qu'il puisse être, un livre ne pourra jamais totalement suppléer la conscience humaine.*

nous choque profondément depuis que la doctrine contemporaine souligne l'importance de la situation individuelle et sociale du délinquant. Sans doute Lombroso¹, Ferri² et leurs disciples ont-ils méconnu l'importance des règles juridiques, en tant qu'instruments protecteurs des droits individuels, mais ils ont eu le mérite de rappeler que l'examen préalable des faits constitue plus un moyen qu'une fin, et que la sanction pénale doit tendre, non seulement au maintien de l'ordre public, mais encore à la réinsertion du prévenu.

Sur le plan des règles de procédure, la technique de l'instruction accusatoire n'est pas à l'abri de la critique, en dépit de l'aura d'humanisme qui la nimbe.

D'abord, les premiers criminologues ont commis l'erreur majeure de partir de l'idée qu'un juge s'appuyant sur la science médicale serait infaillible. L'expérience montre qu'il n'en est rien, car la médecine est moins une science qu'un art, et les médecins peuvent tantôt s'égarer tantôt se laisser abuser par plus habiles qu'eux.

Surtout, d'expérience, la prépondérance donnée à l'action populaire inquiète (on a pu le constater ces dernières années avec le droit accordé à de trop nombreuses associations attachées à des intérêts privés de déclencher des poursuites nuisibles au Bien commun). De plus, elle favorise des poursuites injustifiées³, inspirées par la haine ressentie par des médiocres à l'encontre d'hommes éminents⁴ : ce sont les accusations haineuses de Marat, traitant Lavoisier « d'apprenti chimiste » parce qu'il ne s'était pas assez extasié sur ses prétendues découvertes, qui envoyèrent à la guillotine le père de la chimie moderne. En outre, subordonner le déclenchement des poursuites à l'initiative privée se révèle décevant : plus un personnage est puissant, moins il se trouvera de personnes assez téméraires pour oser le citer en justice⁵. Si Gilles de Retz put tuer tant d'enfants pendant quatorze ans, c'est que nul n'osa se porter accusateur contre un si puissant personnage ; il fallut la présence concomitante à Nantes de l'évêque et du duc de Bretagne, tous deux ennemis jurés du Maréchal, pour que des poursuites fussent enfin déclenchées. De surcroît, une instruction accusatoire est périlleuse pour le plaignant de bonne foi, qui risque d'être lui-même condamné s'il ne parvient pas à faire la preuve du bien fondé de son action⁶.

¹ **Lombroso**, dans la préface à la seconde édition française de « L'homme criminel », définit son dessein de la sorte : *Pour résoudre le problème de savoir s'il existe ou non une véritable nécessité dans le crime, et si l'homme criminel appartient à un monde tout à lui, il fallait laisser de côté toutes les théories philosophiques et étudier, en somme, plus le crime que les criminels.*

² **Ferri** explique, dans son introduction à l'édition française de son ouvrage relatif à « La sociologie criminelle » : *Le but de l'école positiviste de droit criminel est l'étude de la genèse naturelle du crime dans le criminel et dans le milieu physique et social où il vit, pour adapter aux diverses causes les remèdes les plus efficaces.*

³ **Code vietnamien des Lé**. Exposé préliminaire : *Il y a les parasites nuisibles des villages, toujours prêts à battre le tam-tam pour rassembler les habitants, envenimant et dénaturant toutes les questions. Ils ne sont pas plus de deux ou trois, mais ils se parent faussement du titre de « tous les habitants du village » et encomrent les prétoires.*

⁴ **Thonissen**, dans « Le droit pénal de la République athénienne » (p.369) dénonce l'abus de l'action populaire : *La fréquence des poursuites malveillantes et calomnieuses était l'une des plaies de la brillante civilisation d'Athènes. Tout citoyen qui s'élevait au dessus de la foule était aussitôt en butte aux attaques d'une bande de sycophantes éhontés, toujours prêts à épouser les passions et les haines de ses rivaux.*

⁵ **Augustin Thierry** rapporte qu'après l'assassinat de l'évêque de Rouen Praetorius, perpétré en 586 sur ordre de la reine Frédégonde, un noble Franc porta à celle-ci l'annonce d'une citation judiciaire. N'ayant pas osé refuser une coupe de vin qui lui était gracieusement offerte, il mourut empoisonné : *Personne ne parla plus de citer Frédégonde devant la Grande assemblée de justice.*

⁶ **Établissements de Saint Louis** (1270). Ils illustrent un pur système accusatoire : *Nous commandons que, si un homme veut en accuser un autre de meurtre, il soit entendu attentivement. Quand il voudra porter son accusation, qu'on lui dise : « Si tu veux accuser celui-ci de meurtre tu seras entendu, mais il faut auparavant que tu t'engages à subir la peine que ton adversaire souffrirait s'il était condamné ».*

Enfin ce type de procédure pêche trop souvent par inefficacité face aux crimes et délits les plus graves¹. Si, poursuivi dès 1926 pour vol de titres, Stavisky n'était pas parvenu à faire traîner en longueur l'instruction dirigée contre lui à l'aide de notes, de mémoires et de demandes de remise, il n'aurait pas pu monter en 1935 sa monumentale escroquerie du Crédit municipal de Bayonne ; scandale qui emporta la Troisième République.

Une procédure de jugement strictement orale, publique et contradictoire, ne permet pas de faire la lumière sur des affaires particulièrement épineuses², ou sur des dossiers aussi délicats que ceux que l'on peut rencontrer en matière de corruption politique, de fraude fiscale ou d'entente illégale. Du fait de la masse des documents à étudier, et des précautions minutieuses prises au départ par les malfaiteurs, de telles affaires imposent le passage par une phase d'instruction préparatoire écrite.

La sauvegarde de la procédure accusatoire passe par la recherche de moyens propres à en éliminer les faiblesses dans la recherche de la vérité ; notamment par l'élaboration de techniques permettant, d'abord aux représentants du pouvoir exécutif d'assurer la défense de la société, ensuite aux membres du pouvoir judiciaire de faire échec à la multiplication de moyens dilatoires paralysant l'exercice des poursuites.

L'abus de règles protégeant le prévenu au détriment du plaignant peut en outre conduire au réveil de la vengeance privée, ou à la création de brigades de la mort comme on a pu le constater au Brésil. Dans ses souvenirs de Chine le père Huc rapporte que, des mandarins ayant renoncé à combattre une bande de voleurs bien organisés, un simple villageois constitua une association qui se réunit à l'occasion d'un banquet dont un bœuf fit les frais. La « Société du Vieux Taureau » était née. Elle se fixa pour but la lutte contre les voleurs et contre les magistrats incapables ou corrompus, et retint les moyens les plus énergiques pour parvenir à ses fins ; elle réussit au point d'être reconnue par les pouvoirs publics³.

Lorsque quelqu'un en accuse un autre de meurtre ou de trahison, ou de quelque crime que l'on punit par la perte de la vie ou d'un membre, la justice doit se saisir de l'accusé et de l'accusateur et les retenir tous deux en égale prison jusqu'au jour du jugement, afin que l'un ne soit pas mieux traité que l'autre.

¹ **Mougins de Roquefort**, à l'Assemblée nationale, le 27 décembre 1790, s'inquiétait de l'adoption d'un pur système accusatoire : *Si vous embrassez ce système métaphysique, si vous compliquez une procédure qui doit être claire et simple... je vous le dis à regret, mais avec toute la franchise de l'expérience : vous donnerez un brevet d'impunité à tous les malveillants du royaume.*

² **Fouquier-Tinville**. Sa lettre adressée à la Convention pour obtenir l'abrégement du procès des Girondins constitue un exemple de plaidoyer contre la procédure accusatoire : *La lenteur avec laquelle marchent les procédures instruites au Tribunal criminel extraordinaire nous force à vous présenter quelques réflexions ; nous avons donné assez de preuves de notre zèle pour n'avoir pas à craindre d'être accusé de négligence : nous sommes arrêtés par les formes que prescrit la loi. Depuis cinq jours le procès des députés que vous avez accusés est commencé, et neuf témoins seulement ont été entendus ; chacun, en faisant sa déposition, veut faire l'historique de la Révolution ; les accusés répondent ensuite aux témoins qui répliquent à leur tour. Il s'établit une discussion que la loquacité des prévenus rend très longue. Et après ces débats particuliers, chaque accusé ne voudra-t-il pas faire une plaidoirie générale ? ce procès sera donc interminable. D'ailleurs on se demande pourquoi ces témoins ? La Convention, la France entière, accusent ceux dont le procès s'instruit ; les preuves de leurs crimes sont évidentes ; chacun a dans son âme la conviction qu'ils sont coupables ; le tribunal ne peut rien faire par lui-même, il est obligé de suivre la loi : c'est à la Convention à faire disparaître toutes les formalités qui entravent sa marche.*

³ **Huc**, « Souvenirs d'un voyage en Chine », Chapitre XIII : *Le règlement était court et simple. Les membres devront chercher à enrôler le plus de monde possible dans la société. Ils s'engageront à se prêter partout et toujours un mutuel appui pour traquer les voleurs, grands et petits. Tout voleur ou receleur aura la tête coupée immédiatement après avoir été arrêté. Il n'y aura ni procès ni enquête. Peu importe que l'objet volé soit une futilité ou de quelque importance... Et comme il était facile de prévoir que des expéditions de ce genre entraîneraient nécessairement des démêlés avec les tribunaux, tous les membres étaient solidaires : la société toute entière prenait la responsabilité de toutes les têtes coupées ; un procès intenté à un associé devenait le procès de tout le monde.*

Mais une telle réaction ne va pas sans danger pour l'ordre public. Le plus souvent, le renoncement de l'autorité à assurer la sécurité mène le pays à l'anarchie¹ ; et l'anarchie conduit à la dictature, comme l'observait Démosthène (Contre Timocrate, § 154) :

*C'est de cette façon, m'a-t-on dit, que,
dans le passé déjà, la démocratie fut renversée :
on commença par réduire les tribunaux à l'impuissance.*

§ 3 LES PRINCIPES DE SYNTHÈSE

13 - LES VARIATIONS DU DROIT PÉNAL. Subordonnée à d'innombrables facteurs variant dans le temps comme dans l'espace, produit de cet organisme en perpétuelle évolution qu'est une société humaine, la législation pénale ne saurait présenter un caractère universel et immuable². Il fallait toute la suffisance et la vanité d'un Brissot pour écrire, dans la préface de sa « Théorie des lois criminelles » : *Après avoir épuisé presque tous les codes, observé toutes les Constitutions, je dessinai un plan de Code pénal propre à tous les climats et même à tous les Gouvernements.*

En réalité, comme nous le verrons dans le Chapitre préliminaire, les législations criminelles diffèrent très sensiblement selon les conditions géographiques, historiques, sociologiques, humaines, religieuses et politiques³ dans lesquelles se trouvent les nations intéressées. Les lois d'un peuple empli de la sève turbulente de la jeunesse diffèrent inévitablement de celles qui conviennent à un peuple parvenu à maturité, et n'aspirant plus qu'à couler des jours paisibles.

Il convient cependant d'observer que le droit ne varie pas de manière uniforme en ses différentes branches. Dans sa partie consacrée aux incriminations de police, il change sensiblement selon les lieux et les époques : la législation suisse s'efforce de lutter contre les risques d'avalanches, tandis que la loi néerlandaise se soucie du risque d'inondation. L'Ancien droit prescrivait aux personnes de se grouper en corporations, la Révolution le leur interdit⁴, la législation contemporaine, elle, affirme la liberté d'association.

Il ne fallut que peu de temps pour extirper ou intimider tous les brigands de la contrée, et y faire respecter la propriété, à un tel point que tout le monde serait passé devant un objet égaré sur un chemin sans oser y toucher... Les parents des victimes firent retentir les tribunaux de leurs plaintes. La société se présenta, comme un seul homme, pour répondre à toutes les accusations, et soutenir le procès monstre qui lui était intenté. L'affaire alla jusqu'à Péking, et la Cour des crimes, après avoir dégradé et condamné à l'exil un grand nombre de fonctionnaires dont la négligence avait causé tout ce désordre, approuva la société du Vieux Taureau. Le gouvernement pour lui donner une existence légale, la plaça sous la direction des magistrats et modifia les règlements.

¹ **Kourounis** (Ouest-France 9 septembre 1994) : *Après l'effondrement du communisme l'Albanie est un pays à la dérive. Mendicité, racket, mafia à la petite semaine : les rues ne sont plus sûres au pays des Aigles. L'État, inexistant, a fait place à la loi du plus fort.*

² **Montesquieu**, « De l'esprit des lois », I-I Chap. 3 : *Les lois politiques et civiles de chaque Nation doivent être tellement propres au Peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une Nation peuvent convenir à une autre.*

³ **Faustin Hélie**, « Traité de l'instruction criminelle » (T. I p.6) : *En général les garanties des accusés s'accroissent et s'affaiblissent dans les différents pays, suivant le principe de leur gouvernement ; larges et tutélaires dans les États libres, incertaines et restreintes dans ceux où règne le despotisme. Dans les premiers, les pouvoirs des juges sont mieux définis, leurs attributions plus nettement dessinées... Dans les derniers, les limites du droit d'arrestation et les pouvoirs des tribunaux sont généralement vagues.*

⁴ **Beignier, Villacèque et Ozanam**, « Droit et déontologie de la profession d'avocat » (2^e éd.) p.17 : Le renoncement à une profession réglementée - *Dès le 15 décembre 1790, un décret précise que les parties « auront le droit de se défendre elles-mêmes verbalement ou par écrit, ou d'employer le ministère d'un défenseur officieux ». Aucune compétence en matière judiciaire n'est requise de ces derniers ; ils sont seulement tenus de produire un certificat de civisme.*

En revanche les parties de la science criminelle qui concernent, soit l'art de faire des lois, soit les techniques de recherche de la vérité, font preuve d'une remarquable stabilité du fait qu'elles découlent de la nature humaine, et que celle-ci demeure étonnamment constante à travers les siècles et même les millénaires. Excès idéologiques mis à part, les divergences que l'on observe constituent des tentatives maladroites effectuées dans la recherche d'un équilibre entre les deux systèmes primaires décrits ci-dessus.

L'évolution du droit criminel positif se caractérise en effet par une synthèse toujours plus poussée entre la volonté de protéger l'ordre social et l'intérêt général, d'une part, et la volonté de préserver les intérêts privés et les libertés individuelles, d'autre part¹. Les pénalistes² classiques, formés à la morale chrétienne et à l'école de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³, comme les théoriciens d'un socialisme juridique⁴, entendent également agir en ce sens⁵.

Dans la conception libérale, qui a culminé avec l'adoption de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, une législation n'est légitime que si elle fait raisonnablement obstacle à l'arbitraire de l'État, tout en permettant une protection efficace de l'ordre social. On le constate lors de chaque grand débat portant sur la procédure pénale, par exemple sur celui relatif aux écoutes téléphoniques⁶.

14 - LES LENTS PROGRÈS DE LA SCIENCE CRIMINELLE. Malheureusement, la connaissance des règles fondamentales de la science criminelle ne progresse qu'avec une

¹ **Fabreguettes**, « La logique judiciaire » (2^e édition) p.34 : *Il faut que les lois assurent, d'abord, la paix sociale ; ensuite qu'elles équilibrent, l'un à l'autre, la société et l'individu.*

² **Morizot-Thibault**, « De l'instruction préparatoire », page VII : *Il y a deux choses à considérer dans le droit criminel : l'intérêt de la société et celui de l'inculpé, le besoin d'ordre et le besoin de liberté. On ne peut sacrifier l'un à l'autre, parce qu'on ne saurait subordonner la justice à l'autorité, ou le droit de conservation à l'indépendance individuelle.*

³ **Faustin-Hélie**, « Traité de l'instruction criminelle » (T.I, p.4) : *Deux intérêts également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés : l'intérêt général de la société, qui veut la juste et prompt répression des délits ; l'intérêt des accusés, qui est aussi un intérêt social, et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. De là, l'un des problèmes les plus difficiles que la législation ait à résoudre. Il s'agit de concilier les garanties nécessaires à la conservation de l'ordre dans la société et les garanties que réclame en même temps la liberté civile ; il faut que l'accusation ait les moyens de rechercher et de convaincre ; que la défense ait les moyens de se justifier.*

⁴ **Ferri**, « La sociologie criminelle » (éd. Paris 1893), p.13 : *Puisque l'école classique a poussé jusqu'à l'exagération les droits individuels de l'homme criminel vis-à-vis de la société, l'école positiviste se propose d'établir un équilibre entre l'élément social et l'élément individuel.*

⁵ **Commune de Paris**. Son décret du 7 avril 1871, réglementant les prises d'otages destinées à lui donner des armes contre le Gouvernement de Versailles, comprend cette formule : *Les magistrats de la cité doivent concilier le salut commun avec le respect des libertés.*

⁶ **Cour sup. du Grand-duché du Luxembourg** 2 avril 1980 (Jour.trib. belges 1980 489) : *Pour résoudre adéquatement le problème fondamental des tables d'écoutes, il faut le placer dans son contexte réel, humain et démocratique : d'une part, les nécessités de la lutte contre la criminalité, d'autre part, la nécessité fondamentale et évidente de protéger les droits et libertés des particuliers. Il s'agit en définitive d'une question d'équilibre dans la protection des droits individuels et des droits sociaux en présence, ce qui est de l'essence du régime démocratique.*

désespérante lenteur¹, tant il est vrai qu'en ce domaine, ouvert aux sentiments généreux, les idées fausses se diffusent plus aisément que les vérités scientifiques².

Partagée entre des théoriciens, qui donnaient la priorité aux problèmes philosophiques³, et des documentalistes, qui se bornaient à brosser un tableau de leur droit criminel local⁴, la doctrine classique a sous-estimé l'importance des techniques essentielles. Plus grave, depuis que l'Europe s'est inconsidérément coupée de ses racines juridiques et chrétiennes en rejetant, et le droit romain, et le droit canonique, la science du droit a dégénéré, selon la formule de Jhering, en « *Jurisprudence locale* ».

On doit d'autant plus souhaiter que la doctrine pénale s'attache à l'approfondissement des techniques juridiques universelles⁵ que la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme suppose un affinement de nos outils juridiques, permettant de réconcilier des peuples que l'histoire a séparés mais qui n'en ont pas moins des racines communes⁶. Hélas, la Cour européenne des droits de l'homme semble tentée de faire prévaloir l'archaïque droit anglo-saxon sur la science juridique élaborée aux XIX^e et XX^e siècles par le droit continental (notamment par les auteurs allemands, italiens et français).

En outre, la scène publique est le plus souvent occupée, soit par des idéologues qui prétendent changer la nature humaine (comme le firent au siècle dernier les socialistes de droite comme de gauche), soit par des praticiens qui affectent un souverain mépris à l'égard de la théorie et estiment qu'il ne sert à rien de connaître les ressorts profonds de la matière. Pour les premiers il importe avant tout de faire triompher leur doctrine, pour les seconds il suffit largement d'appliquer les recettes de la profession⁷.

¹ **Courteline**, dans sa « Philosophie », a souligné le décalage entre le droit idéal et le droit positif : *La Justice n'a rien à voir avec la Loi qui n'en est que la déformation, la charge et la parodie. Ce sont là deux demi-sœurs qui se crachent à la figure en se traitant de bâtardes et vivent à couteaux tirés, tandis que les honnêtes gens, menacés des gendarmes, se tourment les sangs en attendant qu'elles se mettent d'accord.*

² **Maeterlinck**, « Avant le grand silence » : *Les idées absurdes ou nuisibles, même quand elles ne sont pas exprimées, se répandent bien plus facilement que les idées saines proclamées du haut de la tribune ou de la chaire.*

³ **Carrara**, « Cours de droit criminel » (éd. Paris 1876) : *L'enseignement universitaire du droit pénal ne considère ce droit que sous le point de vue philosophique, parce qu'il enseigne non pas la science italienne, mais les principes communs à toute l'humanité.*

⁴ **Blanche** (Études pratiques sur le Code pénal) : *Mon point de vue n'embrasse que l'explication de la loi positive. J'ai pris presque tous mes exemples dans la jurisprudence de la Cour de cassation ; j'ai presque toujours aussi suivi la doctrine de ses arrêts.*

⁵ **Del Vecchio**, « Humanisme et unité du droit », p.130 : *La tâche des juristes n'est pas tant d'enregistrer passivement les édits des législateurs, que de les examiner de manière critique pour donner lumière et impulsion aux progrès de la justice.*

⁶ **Poncet**, « La protection de l'accusé par la Convention EDH » p.4 : *La recherche d'une protection nouvelle, plus ample, plus efficace, des droits de la défense, au plan international, exige non seulement que l'on fasse connaître la Convention européenne, mais encore que, sachant s'abstraire de ce que Jhering appelait ironiquement la « Lokale Jurisprudenz », le juriste se détache d'une conception purement locale des règles de la procédure, pour étudier et comparer les lois et la jurisprudence des autres pays.*

⁷ **Gény**, « Science et technique en droit privé positif » (Paris 1922), T.I p.14, leur a définitivement répondu : *On nous dit que les problèmes théoriques restent sans influence sur le développement réel du droit vivant, que la méthode est affaire de pouvoir plutôt que de savoir, ou, tout simplement, qu'on l'apprend par le tact et l'habitude, en la pratiquant et non d'autre sorte. Sophisme de pure paresse. Il ne s'agit pas de sacrifier la pratique à la théorie. Il s'agit simplement de savoir si une pratique éclairée n'atteint pas plus sûrement et plus pleinement son but qu'une pratique aveugle.*

Contribuent à la diffusion des idées fausses les vaniteux¹ qui pontifient en un domaine dont ils ne soupçonnent en aucune manière la difficulté². Leur modèle est Danton, proférant à la tribune de la Convention le 22 septembre 1792 : *La justice doit se rendre par les simples lois de la raison*. Ne possédant pas une vue d'ensemble de la matière, ils ignorent les très fragiles équilibres à atteindre³. Amateurs non avertis des techniques juridiques, ils méconnaissent tout à la fois les conséquences que la logique interne de la matière fera produire à leurs divagations⁴, et les délicats conflits qui ne manqueront pas de surgir entre leurs lois improvisées et les autres dispositions du droit criminel⁵. On peut regretter que les vrais pénalistes, tel André Vitu, n'aient jamais paru à la télévision.

Dans ces conditions on ne saurait être surpris de constater que, loin de revêtir un caractère constant et régulier, l'évolution du droit criminel évoque les oscillations d'un pendule. Ainsi, l'arbitraire (en réalité tout à fait relatif et limité) de l'Ancien droit suscita le Code exagérément légaliste de 1791⁶. En revanche, le légalisme relatif qui nous régit depuis la Révolution engendre de nos jours la nostalgie de l'individualisation judiciaire. Le retour actuel vers l'arbitraire⁷ ne laisse pas d'inquiéter ; d'autant qu'il paraît, tantôt inconscient⁸, tantôt nourri de l'illusion que les progrès des sciences physiques nous

¹ **Jhering**, ouvrage précité (III-12), observe que l'étude scientifique de quelque matière que ce soit conduit à dépasser les apparences extérieures et à faire apparaître des règles, tout aussi surprenantes au premier abord, qu'indiscutables en dernière analyse : *Devant de telles différences, un homme du monde instruit n'oserait dans presque aucune des autres sciences, prétendre être seul dans le vrai et accuser la science de mensonge. Et cependant, cela arrive tous les jours quand il s'agit du droit ! L'expérience et le savoir sont qualifiés d'erreur et de prévention. L'ignorance absolue est décorée du nom d'exemption de préjugés.*

Quant aux juristes qui partagent et aident à propager l'illusion d'un droit populaire, accessible à tout individu, citadin ou campagnard, et n'exigeant pas la lumière des juristes, je ne puis que leur conseiller, pour se guérir, de s'essayer au métier de cordonnier ou de tailleur. Bottes et habits leur apprendront ce que le droit n'a pas pu leur enseigner. Ils se convaincront que l'art le plus humble a sa technique, laquelle n'est que le dépôt accumulé et devenu objectif de la saine raison humaine.

² **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » (T.I, p.11), un autre des grands juristes européens, disait : *Il est réellement étonnant qu'il n'y ait aucune profession ou occupation, aucun art ou science, qui ne soit considéré comme exigeant quelque méthode d'instruction, à l'exception seulement de la science de la législation, pourtant de toutes la plus noble et la plus difficile.*

³ **Montesquieu**, « De l'esprit des Lois » (I-VI-I) observait : *Si vous examinez les formalités de la justice par rapport au mal qu'a un citoyen à se faire rendre son bien ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop ; si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu.*

⁴ **F.Bacon**, « De la dignité des sciences » (éd.1845 T.I p.223) : *Les sciences que l'on goûte le plus sont celles qui intéressent nos passions, nos réputations, nos fortunes, telles sont l'histoire civile, la morale et la politique. Mais la lumière riche de la logique offense la plupart des esprits et semble les brûler.*

⁵ **B. de Jouvenel**, « Du pouvoir » (Genève 1947) p.425, observe : *L'esprit humain ne veut voir d'un même phénomène que les aspects qui le flattent et l'exaltent, non ceux qui le choquent et l'affligent. Il dissocie ce qui dans la vie est inséparable, il célèbre la cause et condamne l'effet, applaudit la fin et répudie les moyens, affirme une idée et nie son corollaire.*

⁶ **Rossi** « Traité de droit pénal » p.503, a ainsi défini l'état d'esprit du législateur aux premiers jours de la Révolution : *En sortant des serres du pouvoir arbitraire, on ne voyait de salut que dans le système opposé : rien d'arbitraire ; que tout soit fixé, déclaré, établi d'avance ; que le seul office du juge soit de lire la loi et 'en appliquer la lettre précise.*

⁷ **A.Braas**, « Précis de droit pénal » (3e éd.), p.22, brosse ainsi le tableau de la doctrine contemporaine dominante : *Du défaut d'élasticité de nos textes, certains juristes ont conclu à l'instauration d'une sorte de régime du bon plaisir chez le magistrat. Cela équivaldrait à restituer le régime médiéval de la peine arbitraire et à méconnaître le texte formel de la Constitution belge qui dispose que nulle peine ne peut être établie qu'en vertu de la loi.*

⁸ **Benjamin Constant**, « Cours de politique constitutionnelle », T.II p.605, nous a donné un avertissement qu'il faut se garder d'oublier : *Telle est la nature de l'arbitraire que ceux-là même qu'il séduit par les facilités qu'il leur offre, sont effrayés de son nom lorsqu'il est prononcé... L'arbitraire, qui a*

font accéder à un niveau de civilisation où il n'y aura plus à craindre les erreurs judiciaires. Il y a 2.500 ans, Hérodote relevait déjà le *combat perpétuel entre le juste et l'injuste*.

15- LA RECHERCHE D'UN POINT D'ÉQUILIBRE. Il est unanimement admis que le problème majeur de la procédure pénale consiste à harmoniser les deux conceptions primaires qui ont été évoquées ci-dessus, donc à trouver ce fameux point d'équilibre préconisé par les plus grands philosophes, de Confucius¹ à Aristote², en passant par Platon³. Les grands procès politiques qui se sont déroulés au cours du siècle dernier n'ont fait que confirmer cette nécessité⁴.

S'il est délicat de fournir une réponse pleinement satisfaisante à cette grave question, c'est parce que l'on ne saurait fondre les deux techniques inquisitoire et accusatoire en un système unique ou même alternatif. Ainsi, lorsque les autorités pontificales instituèrent les Tribunaux chargés de la défense de la foi, ils leur permirent d'user indifféremment, soit de la procédure accusatoire, soit de la procédure inquisitoire. Que se produisit-il alors ? Les juges retinrent généralement la seconde, tout simplement parce qu'elle ne les entravait pas dans une recherche approfondie de la vérité⁵. C'est pourquoi les Templiers choisirent de comparaître devant le Tribunal de l'Inquisition plutôt que devant un Tribunal royal (ce sont des considérations politiques qui rendirent leur stratégie inopérante).

Quant au fond, il en fut de même en droit chinois impérial, où le légalisme imposé aux tribunaux était tempéré par le pouvoir arbitraire de l'empereur. Afin de pouvoir faire main basse sur la fortune d'un petit-neveu âgé de cinq ans, un certain Li fit mourir son jeune parent. Ayant observé qu'aucun texte ne visait cette hypothèse, car la loi condamnait le meurtrier d'un supérieur par un inférieur mais avait oublié de sanctionner la situation inverse, le Tribunal ne put que proposer l'acquittement lorsqu'il transmit le dossier à l'Empereur. N'étant pas lié par l'absence de texte, celui-ci décréta qu'un tel fait méritait

des effets très positifs, est pourtant une chose négative ; c'est l'absence des règles, des limites, des définitions, en un mot, l'absence de tout ce qui est précis. Or, comme les règles, les limites, les définitions sont des choses incommodes et fatigantes, on peut fort bien vouloir secouer le joug, et tomber ainsi dans l'arbitraire sans s'en douter.

¹ **Confucius**, « Les quatre livres - L'invariable milieu » : *L'homme vertueux reste dans l'invariable milieu ; celui qui s'en écarte n'est pas vertueux... Se tenir dans l'invariable milieu, c'est la plus haute perfection.*

² **Aristote**, « Éthique à Nicomaque » II, VI, 13-15-9 : *La vertu est une sorte de moyenne, puisque le but qu'elle se propose est un équilibre entre deux extrêmes... La vertu tient le juste milieu entre deux extrémités fâcheuses, l'une par excès, l'autre par défaut... Toute connaissance remplit bien son office, à condition de rechercher une juste moyenne et de s'y référer pour ses actes.*

³ **Platon**, « Les lois » VII 792 : *Pour vivre droitement, il faut s'attacher au juste milieu, disposition d'esprit que nous attribuons à la divinité elle-même.*

⁴ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ? n°857) p.105 : *L'acuité des conflits contemporains a mis en relief que le droit ne pouvait se contenter, en fait d'objectif final, ni d'un respect de la personne qui omettrait les requêtes de la vie en société, ni d'un culte de la collectivité qui lui sacrifierait la personne. La nécessité d'une synthèse est admise même par les marxistes.*

⁵ **Vacandard**, « Histoire de l'Inquisition » (p.199), a bien analysé cette absorption de la procédure accusatoire par la procédure inquisitoriale lorsqu'elles coexistent :

Dans l'accusatio, l'accusateur était obligé de faire la preuve des faits par lui dénoncés et était menacé, s'il ne pouvait y parvenir, de subir lui-même la peine qu'aurait encourue celui qu'il poursuivait.

Dans l'inquisitio, il n'y avait ni accusateur ni dénonciateur, le juge procédait d'office sur les bruits et les rumeurs de l'opinion publique.

Mais, dans la pratique, l'accusatio, qui aurait fourni à l'inculpé les moyens ordinaires de défense, fut vite abandonnée. Eymeric (inquisiteur célèbre pour avoir écrit un Manuel de l'Inquisition) recommande à ses collègues qui se trouveraient en présence d'un accusateur d'insister pour que l'indiscret retire sa demande, qui pourrait lui nuire, et qui prêterait trop à la chicane. En somme, ce que réclamaient les inquisiteurs, c'était une totale liberté d'action.

la mort, et il fit exécuter le coupable. Sans doute le souverain eut-il raison en équité ; mais il n'en demeure pas moins que l'arbitraire l'avait emporté sur le légalisme¹.

Afin de protéger les citoyens, notamment les justiciables, contre la force d'expansion des théories répressives, deux mesures capitales s'imposent. La première consiste à assurer le respect des droits naturels de la défense². Nous ne citerons que les plus notables d'entre eux³ : le droit d'être informé qu'une instruction pénale est dirigée contre lui, le droit de se tourner vers un juge et d'être entendu par lui dans une langue qu'il comprend, le droit d'être informé des faits reprochés, le droit d'être traité à égalité avec l'accusation, le droit à l'assistance d'un conseil choisi par lui, le droit de consulter le dossier de l'information, droit d'être entendu par un tribunal impartial, le droit de ne pas s'accuser lui-même, le droit de produire documents et témoins, et le droit de prendre la parole le dernier⁴.

La seconde, plus nécessaire encore, consiste en l'adoption du principe de la séparation des diverses fonctions étatiques : la fonction législative dévolue au Parlement, la fonction exécutive confiée au Gouvernement et la fonction judiciaire attribuée aux Tribunaux. Pour plus de sûreté il convient de confier ces trois fonctions rationnelles à trois pouvoirs autonomes placés sur un strict pied d'égalité. Mais on sait que, en France, actuellement, l'exécutif se trouve subordonné au pouvoir législatif, lequel est dominé par une Assemblée nationale composée de députés présélectionnés par des partis politiques ou des groupes de pression (le Sénat étant relégué dans un rôle honorifique). Quant à la fonction judiciaire, elle a été rétrogradée au rang de simple autorité ; bien plus, elle a vu sa fonction rationnelle limitée par l'institution de Tribunaux administratifs qui ont pour mission de faciliter l'action des pouvoirs publics⁵ ; ces juridictions se sont au surplus arrogé le droit de statuer

¹ **Van Gulik**, « Trois affaires criminelles résolues par le juge Ti », donne un autre exemple de passage de l'accusatoire à l'inquisitoire. Le juge à la plaignante : - *Vous accusez Ho Tso-pin, mais la preuve que vous alléguiez ne me satisfait guère. Je me rendrai donc sur le lieu du crime pour faire mon enquête.*

² **Perrot**, « Institutions judiciaires » (Paris 1983) p.512 n° 521 : *L'histoire a démontré qu'une procédure de type inquisitoire en matière pénale peut ouvrir la voie aux pires excès ; et cela d'autant plus que toute procédure inquisitoire s'enrichit souvent d'autres caractères qui, sans lui être inhérents, l'accompagnent très généralement pour fortifier le pouvoir du juge : le caractère secret de la procédure, l'absence de toute contradiction véritable, etc. ... Il résulte de ces développements que la procédure inquisitoire est sans doute la mieux adaptée au procès pénal, mais qu'elle ne peut être tolérée qu'au prix d'une surveillance constante des droits de la défense.*

³ **Angevin**, « La pratique de la cour d'assises » (Paris 1989) p.164 n° 404 : *Lorsque l'on parle de « droits de la défense », le mot « défense » désigne à la fois l'accusé et son défenseur... La violation des droits de la défense, que d'anciens arrêts qualifiaient de « sacrés » constitue le motif le plus fréquent de cassation des arrêts des cours d'assises... On les trouve à tous les stades de la procédure d'assises... Des principes fondamentaux comme ceux du contradictoire, de la publicité des débats ou de leur oralité n'ont d'autre fin que de garantir les droits de la défense.*

⁴ **Angevin**, « La pratique de la cour d'assises » (Paris 1989) p.164 n° 405 et s. Cet ancien Conseiller à la Cour de cassation énumère les principaux en ces termes : *Libre communication de l'accusé et de son conseil. Secret de la correspondance entre l'accusé et son conseil. Droit pour le défenseur de consulter le dossier. Droit à la délivrance de copies de pièces. Droit de recevoir signification des listes des témoins et experts. Droit de récuser des jurés. Impossibilité de retenir comme membres de la Cour des magistrats ayant déjà connu de l'affaire (risque de préjugé). Interdiction pour les juges de manifester leur opinion. Droit de poser des questions aux témoins. Droit de faire entendre ses témoins. Droit de produire des pièces. Droit de déposer des conclusions. Droit d'avoir la parole en dernier.*

⁵ **Y.Gaudemet**, « Droit administratif » (19^e éd.), p.38, se montre critique : *Le principe de la séparation des pouvoirs signifie, en ce qui concerne les rapports entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire... que chacun des deux pouvoirs doit resté cantonné, spécialisé dans sa fonction naturelle... Cette règle exige que le jugement des procès administratifs, étant un acte de juridiction, échappe à l'administration active pour être confiée à des juges.*

dans le domaine de l'exécution des peines¹. En définitive, le principe de la séparation des pouvoirs a été discrètement escamoté, quoiqu'il soit toujours officiellement encensé².

En ce qui nous concerne, nous nous en tiendrons au principe officiel de la séparation des fonctions législative et judiciaire (A). Les développements précédents nous ont par ailleurs conduit, d'abord à observer que la protection des droits de la défense impose aux juges d'instruire sur la base de faits matériels (B), ensuite à recommander au législateur de privilégier la notion de responsabilité subjective et individuelle (C).

A - LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES FONCTIONS LÉGISLATIVE ET JUDICIAIRE

16 - DISTINCTION DES FONCTIONS LÉGISLATIVE ET JUDICIAIRE. De même que la morale³ le droit peut s'exprimer, soit de manière abstraite, à partir de situations générales et impersonnelles, soit de manière concrète, sur un cas particulier concernant un fait spécial et une personne précise. Dans la première hypothèse on édicte une règle de droit, dans la seconde on rend un jugement⁴. À la fonction législative répond la fonction judiciaire⁵. Rossi observait à juste titre : *Faire la loi, juger, ce sont là les deux actes essentiels de la justice sociale.*

L'expérience montre que ces deux fonctions rationnelles, qui obéissent à des règles différentes⁶ et qui tendent à des buts distincts, ne doivent pas être confiées aux mêmes personnes⁷. Elles devraient même être enseignées distinctement à l'Université.

C'est en effet un principe très général que l'on ne doit jamais confier à un seul titulaire l'exercice de deux fonctions qui sont rationnellement autonomes mais complémentaires¹.

¹ **Cons. d'État** 30 juillet 2003 (Gaz.Pal. 2003 J 3759) : *Le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue, eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les tribunaux administratifs.* [En l'espèce l'État a été condamné à verser 2.300 € au détenu]

² **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** de 1789. Art. 16 : *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution.*

³ **Jean-Paul II**, « La splendeur de la vérité » n°59 : *Tandis que la loi naturelle met en lumière les exigences objectives et universelles du bien moral, la conscience applique la loi à un cas particulier... La conscience formule l'obligation morale à la lumière de la loi naturelle... Le jugement de la conscience réalise l'application de la loi objective à un cas particulier.*

⁴ **Carbonnier** ouvrait son manuel de « Droit civil » en ces termes : *De même que le droit s'incarne pour le peuple dans le législateur et dans le juge (Moïse et Salomon, Solon et Minos), il se manifeste, aux yeux du juriste, dans deux phénomènes : la règle de droit et le jugement. Ce sont deux phénomènes primaires, irréductibles l'un à l'autre.*

⁵ **Perrot**, « Le juge dans la société... » (Gaz.Pal.1977 I Doct.91) : *Par sa nature même, la fonction de juge se démarque très nettement de la fonction législative. La fonction législative pose des normes préétablies, générales, abstraites... En revanche, la fonction judiciaire s'exerce sur des cas d'espèce au moyen de décisions dont l'autorité est relative aux parties, à l'objet et à la cause.*

⁶ **Portalis**, Discours préliminaire au Code civil : *Il y a une science pour le législateur, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre.*

La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun.

La science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée aux hypothèses privées.

⁷ **Jhering**, « L'esprit du droit romain », T.II, p.48) : *La justice ne pouvait être atteinte qu'en pratiquant une séparation : il lui fallait l'abolition de l'identité du législateur et du juge, il lui fallait soustraire le droit aux influences de la politique et de l'opinion du moment, donc réaliser la séparation du fait et de la personnalité de l'auteur... C'est la voie dans laquelle le droit romain est entré vers la fin de la République, que le monde moderne a poursuivie et qu'il n'abandonnera plus jamais.*

Si l'exercice de la médecine et l'exercice de la pharmacie ont été dissociés, c'est pour éviter que l'on puisse suspecter un médecin de prescrire à ses patients des médicaments onéreux dans le seul but de s'enrichir². En droit disciplinaire, la collusion entre deux personnes exerçant des fonctions distinctes porte d'ailleurs un nom : le compéragé³.

17 - AVANTAGES DE LA DISTINCTION DES FONCTIONS. L'Ancien droit français n'est jamais vraiment parvenu à concilier les deux notions de souveraineté du Prince, et de séparation des personnels exerçant les fonctions de législation, de justice et d'administration⁴. D'où une confusion des pouvoirs préjudiciable aux libertés individuelles. On put le constater dans la politique menée par Louis XIV, toujours marqué par les troubles de la Fronde, contre les Jésuites d'abord, accusés de constituer un État dans l'État et d'obéir aux instructions d'un État étranger (le Pape étant souverain temporel et directeur spirituel)⁵, puis contre les protestants avec la Révocation de l'Édit de Nantes (de 1685).

La séparation des « fonctions » législative, judiciaire et exécutive⁶, propre aux États de droit⁷, a été entrevue par Aristote qui, distinguait entre ceux qui délibèrent, ceux qui administrent et ceux qui rendent la justice⁸. Elle se recommande au surplus du simple point de vue de l'efficacité, puisque le sain exercice de ces trois fonctions requiert des qualités humaines différentes : esprit d'abstraction et capacité de synthèse chez le législateur, esprit

¹ **Le Fur**, V° Huissier de Justice du Répertoire Dalloz de droit pénal : *Dans le préambule de l'Édit de 1699, Louis XIV motivait sa décision de dissocier les fonctions d'huissier d'avec celle de commissaire de police par le fait que le cumul des deux charges nuisait au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire, le titulaire pouvant être naturellement enclin à privilégier l'une par rapport à l'autre.*

² **Huc**, « Souvenirs d'un voyage dans la Chine », Chap. XI : *En Chine les médecins sont en même temps apothicaires, et vendent à leurs malades les remèdes qu'ils leur prescrivent. On entrevoit qu'il ne serait peut-être pas impossible de rencontrer quelque abus dans l'exercice de fonctions qui se prêtent mutuellement un si merveilleux appui.*

³ **Code de déontologie médicale**. Art. R.4127-23 : *Tout compéragé entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ... est interdit.*

⁴ **Fénelon**, « Sur les devoirs de la royauté » : *Le Roi est le premier juge de son État : c'est lui qui fait les lois ; c'est lui qui les interprète, dans le besoin ; c'est lui qui juge souvent, dans son conseil, suivant les lois qu'il a établies, ou trouvées déjà établies avant son règne. En un mot, sa fonction est d'être à la tête de toute la justice pendant la paix, comme d'être à la tête des armées pendant la guerre.*

⁵ **Édit du 26 novembre 1764**. *Louis... voulons et nous plaît à l'avenir que la Société des Jésuites n'ait plus lieu dans notre royaume... permettant néanmoins à ceux qui étaient dans ladite société de vivre en particuliers dans nos États, sous l'autorité spirituelle des ordinaires du lieu, en se conformant aux lois de notre royaume et se comportant en toutes choses comme nos bons et fidèles sujets.*

⁶ **Actualité** (Le Figaro du 28 avril 2002, S.Pueyo). *Sur la séparation des pouvoirs judiciaire et exécutif. Chr.Rival, maire RPR de Morestel (Isère) a sanctionné cinq mineurs, auteurs de dégradations sur des réverbères et dans la cour de l'école. « Je leur ai dit que, plutôt que de porter plainte, il vaut mieux que l'affaire se règle autrement... J'ai alors proposé que les jeunes fassent une semaine de travaux pour la commune, car il fallait marquer le coup puisqu'il y avait eu pour 3.000 € de dégâts. Les jeunes et leurs parents ont accepté la sanction ».*

Mais le procureur général de Grenoble n'a pas tardé à monter aux créneaux, considérant que l'attitude du maire « représentait une dérive dangereuse. Jusqu'à nouvel ordre, il y a en France une séparation des pouvoirs, et la justice est confiée à un corps de magistrats. Le maire ne peut être juge et partie, il ne peut pas mener une enquête, prononcer une peine qui serait sans appel et la faire exécuter ».

⁷ **Catéchisme de l'Église catholique**, § 1904 : *Il est préférable que tout pouvoir soit équilibré par d'autres pouvoirs et par d'autres compétences qui le maintiennent dans de justes limites. C'est le principe de « l'État de droit » dans lequel la souveraineté appartient à la loi et non pas aux volontés arbitraires des hommes.*

⁸ **Aristote**, « La politique » III, X : *Dans tout gouvernement, il y a trois pouvoirs essentiels à chacun desquels un sage législateur doit faire place de la manière la plus convenable...*

Le premier de ces pouvoirs est celui qui délibère sur les affaires de l'État.

Le deuxième comprend toutes les magistratures dont l'État a besoin pour agir.

Le troisième embrasse les offices de juridiction.

d'analyse et sens de l'équité chez le juge¹, esprit d'entreprise et sens des relations humaines chez l'administrateur.

La séparation des fonctions s'impose plus encore quand on veut protéger les personnes confrontées à l'imposant appareil l'État², car elle sert de base à la notion de séparation des « pouvoirs » du législateur et du juge³. Or, Montesquieu a définitivement établi que cette répartition constitue le premier rempart contre l'arbitraire des autorités⁴ et qu'elle offre la meilleure garantie que l'on ait jamais trouvée pour assurer la sauvegarde des libertés individuelles au quotidien et des droits de la défense en cas de procès pénal⁵.

Cette règle revêt au demeurant un caractère universel : nous l'avons déjà rencontrée dans les écrits des plus éminents légistes de la Chine impériale ; nous la trouvons également sous la plume du mémorialiste Inca le plus digne de foi⁶. Lorsqu'un système juridique évolué admet, dans certains cas précis, la confusion des pouvoirs, il prend à tout le moins la précaution de préciser que les sentences qui seront rendues dans ces conditions seront dénuées de toute portée générale⁷.

¹ **Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » : *Il faut nécessairement abandonner à l'appréciation du juge les choses particulières. Le législateur ne saurait, quelque profonde que fût sa sagesse, prévoir tous les cas particuliers ; il essaierait donc vainement de signaler, dans ses prescriptions, toutes les choses qui pourront jamais concourir au but de la loi. Et quand un génie plus qu'humain lui permettrait d'embrasser du regard toutes les conjonctures fortuites, encore devrait-il, pour éviter la confusion, les écarter de ses préceptes.*

² **De Gaulle**, lors de l'élaboration de la Constitution de 1958 : *Le pouvoir judiciaire doit demeurer indépendant des autres pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles.*

³ **Decocq**, « Droit pénal général » p.62 : *La qualification se décompose en deux éléments. D'une part, le législateur énonce que telle conduite abstraite, définie par certains caractères, constitue une infraction ressortissant à des catégories données, et punie de peines déterminées... D'autre part, le juge répressif, saisi d'un fait concret, constate que ses caractères correspondent trait pour trait à la définition légale d'une infraction ; c'est la qualification judiciaire qui se matérialise par un jugement.*

⁴ **Montesquieu**, « De l'esprit des lois » (I, XI, VI) a justement observé : *C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir... Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque, ou le même sénat, ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le Juge serait Législateur. Si elle était jointe à la force exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.*

⁵ **Yeltikin**, « La nature juridique des droits de l'homme » (éd. Lausanne 1950, p.218) : *Dans la formule de 1789, séparation des pouvoirs et garantie des droits apparaissent comme essentiellement liées puisqu'elles apparaissent dans le même article 16... De ce point de vue, tout le système constitutionnel apparaît comme destiné à empêcher les excès de pouvoir et à défendre par là les droits fondamentaux des citoyens contre tout abus et toute atteinte illégale de la part des divers organes de l'État.*

⁶ **Garcillasso de la Vega**, « Histoire des Incas » (éd. Paris 1830, T.I, p.211) : *Lorsqu'un juge rendait une sentence, il devait ne pas déroger à la punition portée par la loi... Les raisons qu'on donnait de cette pratique étaient qu'on ne pouvait permettre au juge d'ajouter ou de retrancher quelque chose à la loi sans en ravaler la majesté ; qu'on devait la respecter d'autant plus que c'était le roi même qui l'avait faite, du consentement de tous ceux de son conseil ; que des juges particuliers n'avaient pas tant d'expérience qu'eux et, par conséquent, que les autoriser à ce faire serait rendre la justice vénale, et ouvrir le chemin à la corruption par prières ou par présents. On disait encore que cela ne se pouvait souffrir sans attirer de grands désordres dans l'État, parce que, par ce moyen, chaque juge entreprendrait de faire à sa mode, et qu'enfin il n'était pas juste qu'un juge agît en législateur, mais en exécuteur de ce que la loi commandait.*

⁷ **Code annamite de Gia Long**, son art.380 énonçait : *Les arrêt impériaux prononçant des peines, spécialement rendus dans des cas particuliers, et qui n'ont pas encore été rédigés en lois, ne peuvent être considérés comme lois.*

18 - PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ CRIMINELLE. En droit pénal, la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire se traduit par l'affirmation d'un principe qui est dit de la « légalité des délits, des imputations et des peines »¹. Adopté aussi bien par le droit étatique² que par le droit canonique³, ce principe majeur s'énonce par un adage devenu classique : *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Puisqu'il délimite les domaines de compétence respectifs du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, le principe de la légalité criminelle doit impérativement être consacré par la Norme suprême ; ce sera, tantôt par la Constitution locale, tantôt par une Convention internationale. En ce qui concerne la France, ce principe a été proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴ et les Constitutions ultérieures, par l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'O.N.U. en 1948 et par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 aux termes duquel : *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international*.

Il résulte de cette double consécration, constitutionnelle et conventionnelle, que, dans les démocraties libérales, le principe de la légalité (dont la formulation est trop limitée), s'impose aussi bien au pouvoir législatif⁵ qu'au pouvoir judiciaire⁶. Par la complémentarité de leur domaine de compétence propre, le Législateur et le Juge se contrôlent l'un l'autre : le premier ne peut édicter une loi enfreignant soit la Constitution soit une Convention internationale, puisque le juge devra refuser de l'appliquer⁷ ; le second ne peut statuer de manière arbitraire, puisqu'il doit s'en tenir aux prescriptions de la loi⁸.

Il faut se garder de croire que l'affirmation solennelle du principe de la séparation des pouvoirs suffit à donner toute garantie de respect des libertés et des droits individuels. Appliqué dans sa lettre et non dans son esprit, il peut devenir un instrument d'oppression. Il en fut ainsi sous la Révolution où, afin de ne pas entraver l'action du pouvoir judiciaire,

Le commentaire officiel précisait que *les lois sont par nature des règles invariables et persistantes, alors que les arrêts sont des mesures conformes à la nécessité d'un moment. Tant que ces arrêts n'ont pas été érigés en lois, ils ne peuvent être assimilés à ce qui est invariable et persistant*.

¹ **Vidal et Magnol**, « Cours de droit criminel » (9^e éd.) T.II p.1358 n°897-2 : *Le principe de la légalité des délits et des peines est une règle moderne, qui suppose un état de droit arrivé à un certain stade ; il suppose dégagé le principe de la séparation des pouvoirs et un pouvoir législatif distinct des autres pouvoirs. Historiquement, le droit s'est formé par la voie judiciaire ; le juge a précédé la loi*.

² **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.I (7^e éd.) p.224 n°151 : *De tous les principes consacrés par le droit criminel français, le plus important est sans doute celui de la légalité des délits et des peines, ou encore, selon l'expression latine, le principe nullum crimen nulla poena sine lege*.

³ **Code de droit canonique** de 1983, canon 221 § 3 : *Les fidèles ont le droit de n'être frappés de peines canoniques que selon la loi*.

⁴ **Déclaration des droits de l'homme** de 1789. Art. 8 : *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*.

⁵ **Garraud**, « Traité de droit pénal » (3^e éd.), T.I, n°138 p.294 : *La règle de la légalité des délits et des peines est écrite pour le pouvoir qui fait la loi comme pour le pouvoir qui l'applique*.

⁶ **Garçon**, « La méthode du droit criminel » (Paris 1911) p.203 : *Le législateur doit donner des définitions précises de toutes les incriminations et fixer la peine applicable ; le juge doit interpréter ces textes restrictivement*.

⁷ **Mostafa**, « Principes de droit pénal des pays arabes » p.22 : *La place véritable du principe de la légalité est au sein de la Constitution, parce qu'alors le législateur ne saurait y contrevenir dans le Code pénal ou dans les lois complémentaires. Sinon le juge refuserait d'appliquer un texte inconstitutionnel*.

⁸ **Tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence**, 10 mars 1977 (D.1978 16 note Roujou de Boubée) : *Une des meilleures garanties des libertés individuelles reste le principe de la légalité des peines et de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel le juge doit se référer à une loi régulièrement promulguée, mais a l'obligation de le faire s'il en est requis*.

le pouvoir législatif édictait des lois imprécises, et se fiait pour leur application à la sagesse des juges. Or, afin de montrer leur zèle, les tribunaux appliquaient ces textes à la lettre avec la rigueur que l'on sait. De la sorte, nul ne se tenait pour responsable des crimes commis sous le couvert de la justice ; la défense de l'ancien procureur du Tribunal révolutionnaire, Fouquier-Tinville, est à cet égard tout à fait révélatrice¹.

De nos jours, le principal danger semble provenir de la méfiance de la classe politique, détentrice du pouvoir législatif, envers une justice indépendante susceptible de sanctionner ses errements². On peut également regretter la propension du législateur à vouloir régler tous les problèmes dans leurs moindres détails³, sans laisser aux juges un espace suffisant pour adapter la règle de principe aux situations de fait spéciales, concrètes et individuelles qui leur sont soumises⁴. Ajoutons à cela que les Parlementaires n'ont que rarement une formation juridique⁵ leur permettant de ciseler les lois⁶, et que nombre de Magistrats formés à l'école du droit positif ne possèdent pas une connaissance de la science criminelle leur permettant d'intégrer les lois nouvelles dans l'ensemble du système en vigueur.

Pour tenter de remédier à ces dérives, il importe d'explorer minutieusement les domaines et régimes respectifs de la fonction législative puis de la fonction judiciaire ; cette tâche délicate n'attire que trop peu d'auteurs⁷ (d'autant que les éditeurs accordent leur préférence aux manuels et précis de droit positif). Orienté vers la science criminelle, le présent ouvrage est consacré au volet législatif de la séparation des pouvoirs. Mais il convient de donner, dès à présent, une idée générale de ces deux fonctions (puisqu'elle concerne principalement la procédure, la fonction exécutive sera étudiée à propos des poursuites pénales).

¹ **Fouquier-Tinville**, Mémoire qu'il a rédigé pour sa défense : *J'ai été l'homme du Gouvernement, j'ai été l'organe de la loi, et son atrocité n'est pas mon crime ; aux dépens de ma santé, j'ai employé mes soins et mes veilles à remplir la tâche pleine d'amertume et de dangers dont le peuple m'avait chargé par le vœu de ses représentants, et j'ai traîné le char révolutionnaire, sous la garantie des lois, sans m'imaginer qu'un jour on me ferait un crime capital de leur exécution.*

À Paris, l'an 3 de la Révolution, une, indivisible et démocratique.

² **Spitzer**, (Les principes généraux de droit communautaire dégagés par le Cour de Justice des Communautés européennes - Gaz.Pal. 1986 I Doct.732) : *La Révolution française a ravalé le pouvoir judiciaire au rang d'un applicateur de normes édictées par le législateur. L'organisation des pouvoirs en France n'a pas fini de payer son tribut à l'audace des Parlements du XVIIIe siècle.*

³ **Portalis**, « Présentation du Code civil » : *L'office de la loi est de fixer les maximes générales du droit, non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître de chaque matière.*

⁴ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.394 n°165 : *Le danger que l'on peut prévoir n'est pas l'empiétement du pouvoir judiciaire sur le législatif. Les juges se soucient peu de faire figure de législateur. Ils accueillent sans enthousiasme les charges que leur donnent les lois modernes. Ce qu'il faut redouter, c'est le danger contraire : le pouvoir judiciaire privé de son pouvoir d'application des lois parce que la règle juridique perd son caractère de généralité et devient si réglementaire qu'elle doit être appliquée à la lettre.*

⁵ **Blackstone**, « Commentaire sur les lois anglaises » (1765) : *Il est étonnant qu'il n'y ait aucune profession ou occupation, aucun art ou science, qui ne soit considéré comme exigeant quelque méthode d'instruction, à l'exception seulement de la science de la législation, pourtant de toutes la plus noble et la plus difficile.*

⁶ **De Ponçol**, « Code de la raison ou principes de morale » (Paris 1778) : *Personne, disait Socrate, n'oserait exercer un art mécanique, sans l'avoir appris. Dans quelque profession que ce soit, il faut, pour y être admis, avoir donné des preuves de son savoir, et avoir fait ce qu'on appelle son chef-d'œuvre. Les magistrats [les parlementaires], c'est-à-dire ceux qui décident du sort des peuples, sont les seuls qu'on reçoit presque sans examen : l'argent est l'unique preuve de leur capacité.*

⁷ **Rossi**, « Traité de droit pénal » (page 535) l'a déploré : *La question de savoir ce que la loi pénale doit contenir est une des questions les plus importantes et les moins explorées du droit criminel. On a posé des principes, mais on ne s'est guère occupé de la manière dont ils devaient être appliqués. On a peu songé aux règles à suivre dans la distribution des rôles entre le législateur et le juge.*

a) La fonction législative

19 - LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ S'IMPOSE AU LÉGISLATEUR. Pendant des siècles les délits, et les peines qui y étaient liées, ont été fixés par les coutumes locales ; il en était encore largement ainsi en Europe au XVIIIe siècle. Les rares textes généraux existant alors, par exemple la Constitution criminelle édictée par Charles Quint en 1532 (dite « Caroline »), s'analysent en effet plus en des recueils de délits coutumiers qu'en des codifications rationnelles et exhaustives. Même les codes d'Extrême-orient, alors bien plus élaborés que les nôtres¹, trahissent leur origine essentiellement jurisprudentielle².

La première étude systématique consacrée à la technique législative en matière pénale est due à l'anglais Bentham. Mais elle ne date guère que de la fin du XVIIIe siècle ; aussi ne faut-il pas être surpris de constater que les légistes de la Révolution ont commis nombre de maladresses lors de leurs premiers pas. Mais on ne peut que s'affliger des faiblesses du Code pénal de 1793, et plus encore de celles des lois postérieures.

Puisque la fonction législative s'exerce dans un cadre général, abstrait et impersonnel³, la compétence du législateur se trouve limitée aux catégories universelles et aux notions génériques. Il ne saurait donc prétendre régler les pans du droit criminel qui relèvent par nature de chaque cas d'espèce. Il en est ainsi quand une personne peut légitimement mais exceptionnellement commettre une infraction pénale (cas des faits justificatifs, telle la légitime défense), ou doit être déclarée irresponsable de l'infraction commise (cas des causes de non-imputabilité, telle la démence). Sur de tels points, le Parlement peut tout juste rappeler aux magistrats les principes rationnels qui leur permettent d'apprécier le bien fondé de l'argumentation présentée par la défense⁴.

Par suite, la Constitution d'un pays démocratique ne saurait négliger d'établir les limites de la compétence du législateur ; elle doit notamment préciser que cette fonction ne doit en aucun cas être déléguée aux juges par l'adoption de lois imprécises laissant libre cours à l'arbitraire⁵. L'histoire contemporaine nous a douloureusement rappelé le danger des lois méconnaissant ce principe fondamental de la législation criminelle.

¹ **Alabaster**, « Notes et commentaires sur le droit criminel chinois » (Londres 1899) : *Bien que certains châtiments soient indéfendables, il n'en reste pas moins que le Code criminel des chinois est infiniment plus juste et satisfaisant que le nôtre.*

² **Code annamite de Gia Long**. Philastre observe, dans son introduction : *La plupart des dispositions fondamentales de la loi sont extrêmement anciennes. Beaucoup de ces dispositions ont primitivement été des sentences rendues dans un jugement ; de là, elles ont passé dans le Code pour servir de règle pour l'avenir... Le Code est en quelque sorte un recueil d'arrêts rendus depuis près de 4.000 ans.* Il relève encore que : *De simples annotations de commentateurs ont fini par faire partie intégrante du texte du Code chinois, et de là elles ont passé dans le Code annamite.*

³ **Domat**, « Les lois civiles dans leur ordre naturel » Livre préliminaire I, I, 21 : *Les lois ne sont jamais faites pour une personne particulière, ni bornées à un cas singulier ; mais elles sont faites pour le bien commun, et ordonnent en général ce qui est le plus utile dans ce qui arrive ordinairement.*

⁴ **Mommsen**, « Le droit pénal romain » (Paris 1907) T.II, p.372 : *L'emploi de la violence est permis à titre de défense, lorsqu'une personne voit sa vie menacée ; mais la personne menacée ne doit pas dépasser les limites de la légitime défense, les excès commis sont en pareille matière punis plus sévèrement qu'ailleurs.* **Note 1** : *On ne peut rien dire de plus précis ; aucune limite positive de cette défense ne nous est donnée par les textes, et elle n'eut été justifiée, ni en logique, ni en pratique.*

⁵ **La Convention**, par un décret adopté le 10 mars 1793, avait anormalement autorisé le Tribunal révolutionnaire à punir les auteurs de faits non incriminés par la loi : *Ceux qui, étant convaincus de crimes ou de délits qui n'auraient pas été prévus par le Code pénal et les lois postérieures, ou dont la punition ne serait pas déterminée par les lois, et dont l'incivisme et la résidence sur le territoire de la République auraient été un sujet de trouble public et d'agitation, seront condamnés à la peine de la déportation.*

En vertu de quoi Pierre Pinon du Coudrai, qui comparait le 15 pluviôse an II devant le Tribunal révolutionnaire pour provocation au rétablissement de la royauté, eut la mauvaise surprise suivante. Le

C'est pourquoi les plus hautes autorités morales¹ ont rappelé² que, loin de jouir d'un pouvoir discrétionnaire, les législateurs nationaux sont tenus d'observer les règles régissant leur fonction³. Ces règles, faut-il le rappeler, tendent, d'une part à la satisfaction du Bien commun, d'autre part au respect de la dignité de la personne humaine. Pour rendre leur application impérative, et empêcher une assemblée souveraine de soumettre le peuple à sa dictature, il n'existe pas d'autre voie que d'admettre l'existence d'un droit naturel s'imposant au législateur et d'édicter un contrôle juridique supranational. Tel est l'objet de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme de 1950.

b) La fonction judiciaire

20 - LES LIMITES DE LA FONCTION JUDICIAIRE. Pour partie dirigée contre le pouvoir de décision arbitraire reconnu, dans certaines limites, aux Parlements de l'Ancien régime, la Révolution de 1789 a contenu dans de très strictes limites la compétence des tribunaux répressifs.

Tout d'abord, désirant mettre fin à l'immixtion des tribunaux dans le domaine normatif, elle a prononcé la prohibition des arrêts de règlement, décisions par lesquelles nos anciens Parlements édictaient des prescriptions de police⁴. De nos jours les magistrats ne peuvent plus statuer que dans les limites de leur fonction rationnelle, c'est-à-dire juger, cas par cas, espèce par espèce⁵. Toute disposition générale, abstraite et impersonnelle, relevant par nature des fonctions législative ou administrative, leur est expressément interdite. C'est ce que rappellent l'article 5 du Code civil⁶ et les différentes chambres¹ de la Cour de cassation².

jury l'acquitta de ce chef, mais répondit positivement à une question subsidiaire qualifiant le fait reproché d'incitation à la haine de la Révolution et de la Liberté. D'où cette décision :

Attendu que les délits dont P. Ducoudray est déclaré convaincu n'ont été prévus ni par le Code pénal ni par les lois antérieures, et attendu l'incivisme dudit Pinon Ducoudray, condamne ledit P. Ducoudray à être déporté à perpétuité à la Guyane française.

¹ **Pie XII**, au VI^e Congrès international de droit pénal : *Un positivisme juridique extrême ne peut se justifier devant la raison. Il représente le principe : le droit comprend tout ce qui est établi comme droit par le pouvoir législatif dans la communauté nationale ou internationale, et rien que cela, tout à fait indépendamment de n'importe quelle exigence fondamentale de la raison ou de la nature. Si l'on s'appuie sur ce principe, rien n'empêche qu'un contresens logique ou moral, que la passion déchaînée, les caprices et la violence brutale d'un tyran et d'un criminel puissent devenir « le droit ». L'histoire fournit, on le sait, plus d'un exemple de cette possibilité devenue réalité.*

² **Domat**, Préface du « Traité des lois » (1689) : *Il n'y a point de science humaine où la conséquence des égarements soit plus importante qu'en celles des lois.*

³ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.I (7^e éd.), p.229 n°155 : *Le principe de la légalité s'impose à la fois au législateur et au juge. Au premier seul, il confère le pouvoir d'établir les règles générales applicables à l'ensemble du domaine répressif ; au second il confie le soin d'assurer l'application concrète de ces règles dans le respect de la volonté légale.*

⁴ **Parlement de Paris** 15 décembre 1732. Cette décision fournit un bon exemple d'arrêt de règlement, elle disposait : *Il est enjoint, par cet arrêt, aux médecins, chirurgiens, marchands apothicaires et épiciers de la ville du Mans, et à tous autres qui ont droit de vendre ou d'acheter des drogues dont on peut faire un mauvais usage, de se conformer aux Ordonnances du Roi et à l'Édit de 1682, aux Arrêts et Règlements de la Cour, et en conséquence, de tenir lesdites drogues en lieux sûrs, dont ils garderont eux-mêmes la clef ; comme aussi d'avoir des registres particuliers cotés et paraphés par le Lieutenant de police de ladite ville du Mans, sur lesquels ils seront tenus d'écrire la qualité des remèdes où ils auront employés lesdites drogues... le tout à peine de 1.000 livres d'amende pour la première fois et de plus grande, s'il y échoit, même de fermeture de la boutique.*

⁵ **Cuvillier**, « Manuel de philosophie » (Paris 1942, T.II, p.399) : *Le rôle du pouvoir judiciaire consiste à appliquer la loi aux cas individuels, notamment afin d'en punir les transgressions.*

⁶ **Code civil**, article 5 : *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*

La violation de cette interdiction était sanctionnée par l'art. 127 de l'ancien Code pénal ; mais elle n'est pas réprimée par le nouveau Code, et n'entraîne donc plus actuellement que des sanctions disciplinaires ou procédurales³.

D'autre part, le principe de la légalité criminelle emporte pour les juges pénaux l'interdiction de statuer en équité⁴. Essentiellement chargés de dire si les faits reprochés au prévenu tombent ou non sous le coup de la loi pénale, ils ne peuvent tenir compte, lors de l'examen des faits reprochés, ni de leurs convictions⁵ personnelles⁶, ni même de l'opinion publique⁷. Dépouillés du pouvoir souverain qu'ils détenaient au nom du Roi, ils ne jouissent plus de nos jours que du pouvoir de juridiction. L'*imperium* s'est effacé au profit de la *jurisdictio* ; la sentence a fait place au jugement.

À la fin du XIXe siècle, le député Wilson, genre du Président Grévy, compromis dans un scandaleux trafic de décorations, fut renvoyé devant les tribunaux répressifs. Le 28 mars 1888, la Cour d'appel de Paris fustigea ses agissements dans les termes les plus vifs ; mais, observant qu'aucune loi positive ne réprimait exactement un tel trafic, elle prononça à regret son acquittement.

Symétriquement, lors de la persécution des catholiques par le Gouvernement Combes, le Conseil de guerre de Nantes eut à juger le commandant Le Roy-Ladurie qui avait refusé de diriger une compagnie chargée d'expulser de leur couvent les Sœurs de Crozon. Lui appliquant la loi, qui ne comportait bien évidemment pas de clause de conscience, le 26 septembre 1902 les magistrats prononcèrent sa destitution et le condamnèrent aux frais du procès. Mais, une fois leur mission de juge achevée, ils signèrent tous un recours en grâce qui fut adressé au Président de la République.

21 - ÉTENDUE DE LA FONCTION JUDICIAIRE. Selon l'heureuse formule de Von Liszt : *dans un système de séparation des pouvoirs, seule la loi possède une force créatrice du droit*. Dès lors, les décisions de justice ne constituent plus une source de normes juridiques ; par voie de conséquence chaque juge, chaque tribunal, peut suivre ou

¹ **Cass.civ.** 22 oct. 1957 (D.1957 732) : *Il appartient aux juges de statuer uniquement sur des cas particuliers et des intérêts nés et actuels ; ils ne sauraient, sans enfreindre le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, prononcer par voie de disposition générale et réglementaire.*

² **Cass.crim.** 18 juillet 1991 (Bull.crim. n°301 p.758) : *Il est fait défense aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*

³ **Cass.crim.** 17 mai 1907 (Gaz.Pal. 1907 I 647) a censuré une décision discutant le bien fondé de la loi invoquée par l'accusation pour la raison que *Ce motif renferme une critique de la loi que le Tribunal avait seulement la charge d'appliquer.*

⁴ **Bacon**, « Essais de morale et de politique » : *Des devoirs d'un juge. Les juges ne doivent jamais oublier que leur office est « jus dicere » et non « jus dare » ; c'est-à-dire d'interpréter et d'appliquer la loi non de la faire.*

⁵ **Trib. Pol. Saint-Etienne** 3 décembre 1959 (S. 1961 154) : *Le juge n'est pas un moraliste qui puisse prononcer une condamnation dès qu'il constate une infraction aux règles de la société idéale qu'il peut concevoir... Au risque de tomber dans l'arbitraire, il a l'obligation de faire, dans toute la mesure du possible, abstraction de ses propres opinions.*

⁶ **Amiens** 24 février 1977 : *La Cour estime grave et particulièrement regrettable de devoir rappeler que le rôle des juges est d'appliquer la loi également à tous, leur devoir élémentaire étant de faire abstraction de leurs opinions ou idéologies, dont les justiciables n'ont pas à supporter les conséquences.*

⁷ **De Ferrière**, « Dictionnaire de droit » (Toulouse 1779) v° Crime, nous apprend que dans l'Ancien droit le principe de légalité était connu, même s'il ne présentait pas un caractère absolu : *Le crime est un fait défendu par la Loi, qui blesse directement l'intérêt public, et qui est commis par dol. Celui qui fait quelque chose qui n'est pas prohibée, ne mérite aucune peine. Mais ce qui est défendu par la Loi mérite punition, et devrait contenir les hommes dans leur devoir.*

refuser de suivre la jurisprudence dominante¹, les précédents dirait-on en droit anglo-saxon. S'il est lié par les prescriptions du législateur, chaque magistrat est au contraire libre d'accepter ou de rejeter l'opinion généralement reçue par les autres magistrats. Encourrait même la cassation le jugement qui, négligeant de se référer à la loi, se bornerait à suivre la jurisprudence consacrée par la Cour de cassation² : les arrêts rendus par celle-ci ne s'imposent en effet pas aux juges du fond en dehors du cas d'espèce.

Il faut toutefois se garder d'un excès de théorie. En pratique il est à la fois inévitable et heureux que la jurisprudence contribue à la création du droit³. Non seulement les juges sont conduits à affiner le sens de chaque loi⁴ et à l'intégrer dans le système juridique⁵, mais encore ils doivent tenir compte des décisions précédentes⁶ rendues dans des situations proches, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble du droit positif⁷, ainsi que nous aurons à le préciser dans le Chapitre préliminaire. La force contraignante des techniques juridiques est d'ailleurs telle que les tribunaux se trouvent parfois contraints de sortir de leur rôle et de remodeler des lois mal conçues, voire de suppléer des règles de fond⁸ ou de forme⁹ omises par le Parlement¹.

¹ **Paris** 29 juin 1965 (Gaz.Pal. 1965 II 69) : *La demanderesse reproche à tort au jugement critiqué de ne s'être pas conformé à la jurisprudence dominante ; il en avait en effet le droit, la jurisprudence la mieux assise étant dépourvue de tout effet général et réglementaire et se trouvant au contraire soumise au renouvellement d'une évolution nécessaire.*

² **Cass.crim.** 30 octobre 1968 (Gaz.Pal. 1969 I 23) : *La simple référence à la jurisprudence de la Cour de cassation ne saurait constituer un motif de nature à donner une base légale à une décision.*

³ **Carbasse**, « Manuel d'introduction historique au droit » (Paris 2002), p.282 n°179. Ayant rappelé ces mots de Portalis : « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, des principes féconds* », ajoute : *À qui appartient-il de tirer les conséquences, en appliquant les principes aux cas d'espèce ? C'est évidemment le rôle du juge... Après le juge automate cher aux legalistes absolus de l'époque révolutionnaire, voici revenir le juge qui est chargé de dire le droit, celui qui est capable d'exercer son intelligence et son « jugement ».*

⁴ **Cour sup. de justice du Luxembourg** 6 juillet 1961 (Pas.lux. 1960-1962 p.305) a sagement énoncé : *Il appartient à la Cour de cassation de fixer le sens et la portée d'une notion formulée par la loi.*

⁵ **Von Listz**, « Traité de droit pénal allemand » (T.I, p.128) : *La jurisprudence doit, par l'art de l'interprétation, éclaircir le contenu des prescriptions juridiques ; par le développement des conceptions, elle peut découvrir des prescriptions juridiques qui ne sont pas exprimées expressément et immédiatement ; mais elle ne peut pas, par sa propre force, instituer ou détruire des prescriptions.*

⁶ **L'Archevêché de Paris**, le 20 février 1673, après la mort de **Molière**, accepta de porter exception au principe selon lequel un comédien ne pouvait être inhumé en terre chrétienne, mais ce fut avec toutes précautions pour que sa décision ne pût à l'avenir servir de précédent : *Eu égard aux preuves résultant de l'enquête faite par mon ordonnance, nous avons permis au sieur curé de Saint-Eustache de donner une sépulture ecclésiastique au corps du défunt Molière dans le cimetière de la paroisse, à condition néanmoins que ce sera sans aucune pompe, avec deux prêtres seulement et hors des heures du jour et que notre permission sera sans préjudicier aux règles de notre Église, que nous voulons être observées selon leur forme et teneur.*

⁷ **Les Montagnards**, pour parvenir à éliminer les Girondins, leur refusèrent l'exercice du droit qui appartenait à tout député d'être entendu par l'Assemblée constituante avant d'être traduit en justice. **Danton** approuva : - « *Brissot et consorts ne pouvaient être entendus : ils étaient condamnés* ». *Quand lui-même eût été arrêté et demanda à présenter sa défense, on lui opposa sa propre jurisprudence : - « Brissot a été livré au Tribunal sans être entendu. Y aurait-il un privilège pour Danton ? Y aurait-il des privilégiés dans la République ? »*

⁸ **Le Code pénal**, par exemple, ayant omis d'envisager le cas où une personne ne commet une infraction que sous l'empire d'un état de nécessité, les juges ont dû combler cette lacune.

A.Decocq, « Droit pénal général » (p.326), dit à cet égard : *Aujourd'hui l'état de nécessité constitue assurément un fait justificatif. Cette solution résulte très clairement d'un important arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 1958.*

⁹ **Un tribunal belge**, le 10 juin 1976 (Jour.trib. 1976 646), a rendu cette décision particulièrement nette : *En l'espèce, le tribunal retient sa compétence, hors des cas légaux, pour donner efficacité au principe*

Par ailleurs, l'article 4 du Code civil invite les juges à remplir pleinement leur mission, et leur impose de statuer même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. La violation de ce devoir de fonction constitue un déni de justice, délit qui, à notre sens, n'est pas assez énergiquement réprimé par l'art. 434-7-1 du Code pénal. Paradoxalement, c'est peut-être quand les textes sont imprécis ou même contradictoires que les tribunaux se trouvent le mieux à même d'assurer le triomphe de l'équité².

En droit criminel, cette règle comporte une conséquence majeure. Si, en raison de sa fonction, le législateur a dû se placer sur un terrain général, abstrait et impersonnel, pour remplir leur propre mission, les juges doivent n'appliquer la loi qu'en considération des particularités du cas d'espèce qui leur est soumis³. Cela peut les conduire à prononcer une sanction mesurée⁴, voire à acquitter une personne qu'une application aveugle de la loi amènerait à condamner⁵. Éventuellement de leur propre chef, ils doivent prendre en compte les circonstances spéciales, concrètes et individuelles de l'espèce⁶ qui conduisent à penser que le prévenu ne saurait légitimement être tenu pour coupable d'une infraction punissable.

Il en est notamment ainsi lorsque le nœud de l'affaire comporte un conflit d'intérêts juridiques⁷ ; alors, le Tribunal doit, par exception, trancher dans le sens de l'équité. Par exemple, si le ministère public reproche au prévenu des coups et blessures, mais que celui-ci rapporte la preuve qu'il se trouvait en état de légitime défense, il existe dans ces cas un justificatif faisant tomber l'accusation

Tel est également le cas lorsqu'il apparaît que l'auteur d'un délit de destruction de biens se révèle être un vieillard atteint de démence sénile : ce malheureux dépend bien évidemment de la médecine, et non des tribunaux correctionnels. De manière générale, les diverses causes de non-imputabilité sont appréciées souverainement par les juges du fond.

de la Convention européenne des droits de l'homme prévoyant qu'un détenu a le droit qu'on statue sur la légalité de sa détention dans un bref délai.

Cette déclaration de compétence du Conseil de guerre, saisi d'une requête de mise en liberté avant citation, constitue une création jurisprudentielle.

¹ **Cour de cassation** (Rapport annuel de 1970-1971 p. 68). Elle y fait cet aveu sans fard : *La Cour, tenant compte de la nécessité, pour la répression des larcins, de s'adapter à l'ingéniosité de leurs auteurs, a admis que l'escroquerie peut exister en moins payant.*

² **Le Senne**, *Traité de morale générale* (4^e éd.) p. 620 : *Le juge, même pour un « bon motif » ne doit pas violer la loi ; il a la mission de l'appliquer, et toute violation de la loi commence la ruine de la cité... Mais l'art du juge, c'est, en se soumettant à cette condition absolue, de combiner les lois et les utiliser de manière à servir l'équité.*

³ **Cuvillier**, « Manuel de philosophie » (10^e éd.) T.II p.399 : *Le rôle du pouvoir judiciaire consiste à appliquer la loi aux cas individuels.*

⁴ **Marcien**, « Digeste de Justinien » 48, 19, 11, pr. : *Celui qui juge doit veiller à ne rien ordonner de plus sévère ou de plus adouci que la cause ne le requiert : car il ne doit pas chercher la gloire de la sévérité ou de la clémence ; après avoir tout pesé, il doit décider en fonction des particularités de l'espèce. Dans les causes bénignes, les juges doivent être enclins à la douceur ; dans les causes graves, ils doivent suivre de près la sévérité des lois, en les tempérant quelque peu par la charité.*

⁵ **Gousset**, « Théologie morale » (11^e éd.) T.I, p.537 n°1055 : *Nous pensons qu'un juré, qu'un juge, ne doit jamais déclarer coupable celui qu'il sait de science certaine être innocent, quoique sa culpabilité soit juridiquement prouvée ; il ne doit opiner que d'après ses convictions, qu'en suivant la voix de sa conscience.*

⁶ **A. de Tocqueville**, « De la démocratie en Amérique » I, 6 : *Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux.*

⁷ **P.Trudel**, « La protection de la vie privée et le droit à l'image aux États-Unis » (Colloque du Barreau de Paris, 1991), sur le droit à la vie privée et la liberté de l'information : *Résoudre les contradictions entre les droits fondamentaux n'est pas une tâche facile ; l'expérience commune des pays occidentaux enseigne qu'il faut toujours se résigner à confier aux tribunaux l'ingrate fonction de prononcer les arbitrages entre les valeurs et droits venant en conflit lors de la circulation de l'information.*

Si par respect des droits de la défense les juges ne sauraient suppléer une loi répressive omise par le législateur, ils peuvent en revanche suppléer un moyen de défense non prévu par la loi mais qui s'impose rationnellement¹. À cette fin, ils devraient jouir de toute l'autorité nécessaire pour mener leur mission à bien² ; ainsi, on peut regretter que notre Code pénal ne réprime pas le fait pour un fonctionnaire de refuser d'appliquer une décision de justice.

B - LE PRINCIPE DIRECTEUR DE LA FONCTION JUDICIAIRE : LE RAISONNEMENT PÉNAL

22 - LA NOTION DE RAISONNEMENT PÉNAL. Alors que le système inquisitorial autorise les juges, non seulement à se saisir spontanément des agissements qui leur paraissent présenter un caractère criminel, mais encore à mener en toute liberté l'instruction sur ces faits, les droits légalistes soumettent l'exercice du pouvoir judiciaire à des règles impératives³ conçues pour protéger les justiciables contre toute mesure arbitraire⁴.

Si dans leur ensemble ces règles relèvent de notre ouvrage « Le jugement pénal » ; elles ne sont pas pour autant étrangères à l'élaboration des lois criminelles. Il ne faudrait pas croire en effet que, édictées à l'intention des divers tribunaux, les lois de procédure sont absolument indifférentes lors de l'élaboration des lois de fond. Le principe d'applicabilité des lois, que nous rencontrerons bientôt, oblige le législateur à se demander si la loi qu'il envisage d'adopter est ou non compatible avec les règles de fonctionnement des tribunaux qui auront à la mettre en œuvre. Les textes relatifs à l'instruction centrée sur les faits et à la motivation des jugements réagissent inévitablement sur l'adoption des lois pénales d'incrimination, d'imputation et de sanction.

Cette évidence n'a pas toujours été perçue. D'abord parce que l'on ne s'est guère interrogé sur les limites de la compétence législative, considérée comme absolue sous la Révolution. Ensuite et surtout, en raison de la distinction qui a été établie entre règles

¹ **Rossi**, « Traité de droit pénal » p.540, à propos des faits particuliers qui ne rentreraient dans aucun des faits généraux de justification prévus par la loi, mais qui seraient de la même nature : *Nulle loi n'est obligatoire dans ce cas. Le législateur, en passant sous silence une cause de justification, a commis un oubli au détriment de l'innocence, ou il a voulu commander une iniquité. Dans le premier cas, on doit réparer son oubli ; dans le second, on ne doit pas obéir... Le législateur agirait de manière irrationnelle, il dépasserait les bornes de son pouvoir, s'il entrait dans le détail des faits particuliers d'excuse, en défendant aux juges d'admettre la preuve de ceux que la loi n'aura pas expressément prévus. Il agirait irrationnellement si, par les termes absolus de la sanction pénale, il refusait au juge un pouvoir discrétionnaire, même pour les faits d'excuse que la loi aurait passés sous silence.*

² **Domat**, « Les lois civiles dans leur ordre naturel » Livre préliminaire I, II, 21 : *Les juges étant établis pour rendre la justice, leur autorité s'étend à tout ce qui devient nécessaire pour l'exercice de leur fonction ; comme est le droit de réprimer par des peines ceux qui résistent aux ordres de la justice, et il en est de même de toutes les autres suites de leur ministère.*

³ **Pie XII**, message au VI^e Congrès international de droit pénal : *La fonction du droit, sa dignité et le sentiment d'équité naturel à l'homme, demandent que, du début jusqu'à la fin, l'action publique se base, non sur l'arbitraire et la passion, mais sur des règles claires et fermes.*

⁴ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » (T.III p.164 et T.II p.22) : *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est sœur jumelle de la liberté. Elle sert, en effet, de contrepoids à l'attraction de la liberté vers la licence ; elle conduit la liberté dans des voies sûres, où elle ne peut ni s'émietter ni s'égarer ; elle la fortifie au dedans et la protège au dehors. Comment empêcher le juge de se laisser guider dans son jugement par des considérations étrangères au droit ? L'empêcher complètement n'est sans doute pas possible, pas plus que l'on ne peut écarter entièrement l'intervention de l'État dans l'administration de la justice. Mais on peut entourer et comprimer l'arbitraire par des institutions qui lui opposent une barrière qu'il ne peut franchir qu'en la brisant, c'est-à-dire en se montrant à nu, tel qu'il est. Ces dispositions sont de deux espèces : la fixation légale des règles de la procédure et la fixation du fond du droit.*

de fond et règles de forme (de procédure) ; si cette opposition pouvait avoir un sens dans l'Ancien droit, elle est étrangère à un système légaliste¹ qui exige que chaque loi pénale soit compatible avec toutes les autres, afin de constituer un rempart contre l'arbitraire.

Dans un système législatif libéral les règles de procédure l'emportent même bien souvent sur les textes définissant les infractions ; ce pour la simple raison que, d'un point de vue chronologique, elles s'appliquent les premières lors du déroulement d'un procès². Ainsi, une procédure, qui doit reposer sur des faits concrets, interdit au juge de condamner un prévenu pour une simple intention criminelle ; ce qui interdit au législateur d'édicter un délit d'opinion : une poursuite dirigées contre une personne en raison de ses idées³ ne reposerait pas sur des agissements matériels, et ne pourrait être examinée par un tribunal⁴.

23 - LES PHASES SUCCESSIVES DU RAISONNEMENT PÉNAL. Le législateur qui entend mettre en vigueur un système protecteur des droits de la défense doit éviter que les juges ne puissent statuer, soit par intuition, soit à partir d'une relation de sympathie ou d'antipathie qui se serait établie entre eux et le défendeur. Or, pour faire obstacle à ce subjectivisme judiciaire, on ne connaît pas d'autre moyen que d'obliger les juges à partir d'éléments concrets⁵, donc à s'appuyer sur de purs faits envisagés dans leur matérialité. *Ce qu'il faut mettre en tête de chaque science, disait Taine, ce sont les faits sensibles.* Ce qui est vrai pour les sciences dites exactes⁶, l'est aussi pour l'art judiciaire⁷, comme on l'admet depuis l'Ancien droit⁸.

¹ **Mommsen**, « Le droit pénal romain » (Paris 1907), T.I, p.6 : *La séparation des règles juridiques et de leur application, ou, suivant la formule habituelle, du droit et de la procédure, en général regrettable au point de vue scientifique, ne convient nullement au droit criminel, et est, au moins en partie, responsable de la faiblesse de la littérature juridique en cette matière.*

² **R.Garraud**, « Traité de droit pénal » (3^e éd.), T. I, p.54 n°24 : *L'importance des garanties judiciaires qui résultent d'un Code de procédure pénale est telle que, chez les peuples qui ont le mieux compris et défendu la liberté individuelle, les Romains et les Anglais, par exemple, la procédure est mêlée au droit et même prime le droit.*

³ **Fouquier-Tinville**, le 1^{er} prairial an II, pour obtenir la condamnation à mort de Marie-Julie Lucas de Blaire, accusée de détenir des extraits de journaux anti-révolutionnaires copiés de sa main, prononce : *Le patriote comme le royaliste se reconnaît dans ses liaisons et dans ses goûts.* Quatre jours plus tard, il observe : *on reconnaît un contre-révolutionnaire à ce qu'il emploie l'expression « honnêtes gens », quand un patriote dit « bons citoyens ».*

⁴ **R.Garraud**, « Traité de droit pénal » (3^e éd.), T. I, p.204 n°99, observe que *l'exigence d'un fait, et plus précisément d'un acte humain externe, comme préalable aux poursuites, emporte cette conséquence qu'il n'y a plus de délits d'opinion, c'est-à-dire de délits consistant dans l'expression pure et simple d'une thèse morale, sociale ou religieuse.*

⁵ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » (Paris 1877), TII, p.38 : *Comme toute chose objective conçue par l'homme, la loi n'exclut pas entièrement l'influence des différences subjectives, mais elle conquiert cependant un point d'appui objectif ; jusqu'à un certain point une digue est opposée aux oscillations de l'appréciation individuelle, aux influences du sentiment. D'objet du sentiment qu'il était, le droit devient alors objet de l'entendement. Il est logiquement appréciable, objectivement mesurable. Par voie de conséquence, la raison discursive remplace de plus en plus l'intuition.*

⁶ **Fabre**, « Souvenirs entomologiques » T.IX p.347 : *La science des livres est une médiocre ressource dans les problèmes de la vie ; à la riche bibliothèque est ici préférable l'assidu colloque avec les faits... Au lieu de consulter autrui, je mène un opiniâtre tête-à-tête avec mon sujet jusqu'à ce que je parvienne à le faire parler.*

⁷ **Établissements de Saint-Louis** (II, 38) : *Lorsqu'on accuse un autre de cas de haute justice... il convient qu'il y ait un fait que l'on puisse montrer au tribunal.*

⁸ **Le Brun de la Rochette**, « Le procès criminel, contenant la méthodique liaison du droit et de la pratique judiciaire » (Rouen 1629) : *Il faut s'arrêter à la vérité du fait permanent, que le juge voit ou connaît, ou touche ou perçoit par l'un de ses cinq sens.*

Le législateur de 1789 l'a pensé lui aussi, car il était encore sous le coup de l'affaire Calas, hissée au premier plan par Voltaire¹. Dans cette espèce, on avait vu un calviniste condamné à mort et roué vif comme meurtrier de son fils, après une instruction sommaire. Or des recherches ultérieures, plus approfondies, laissèrent à penser que le jeune homme s'était suicidé, et que le père avait menti au départ de l'enquête pour échapper à la honte (espèce illustrant le fait que l'on ne saurait tenir l'aveu pour une preuve indiscutable).

C'est pourquoi les lois révolutionnaires décidèrent que les tribunaux répressifs ne pourraient être saisis par les parties poursuivantes que sur la base de faits, et qu'ils seraient tenus de fonder l'ensemble de la procédure sur ces faits². Pour reprendre la terminologie classique, la saisine *in personam* se trouvait supprimée au profit de la saisine *in rem*. Dès l'Antiquité, Aristote l'avait établi de manière définitive : *Il faut se fier aux observations plus qu'aux raisonnements, et aux raisonnements dans la mesure seulement où leurs conclusions s'accordent avec les faits*.

En conséquence dans un premier temps, qu'il soit saisi par le ministère public ou par un plaignant, le tribunal répressif doit vérifier que le demandeur invoque des faits et que, à les supposer établis, ces faits constituent une infraction pénale³. Ce n'est qu'après avoir ainsi vérifié sa compétence matérielle que le juge peut user des pouvoirs coercitifs qui lui sont reconnus par la loi⁴ ; par exemple ordonner la mise en détention d'une personne ou prescrire une perquisition domiciliaire. La base matérielle des poursuites revêt au surplus un caractère intangible : le tribunal ne pourra ni étendre ses investigations⁵ à de nouveaux faits⁶, ni omettre de statuer sur certains des faits qui lui ont été soumis.

Après avoir constaté que les faits reprochés au prévenu entrent effectivement dans les termes d'une loi d'incrimination, les juges doivent, dans un deuxième temps, se demander

¹ **Brissot de Warville**, « Théorie des lois criminelles » (éd. Paris 1836, T.II, p.182), dans l'optique de l'affaire Calas, a posé le fondement du nouveau droit procédural : *Le premier pas qu'un juge ait à faire est de constater l'existence d'un délit*.

² **Rauter**, « Traité de droit criminel », p.141 : *La justice ne doit pas examiner si un homme a commis un délit, à moins qu'il n'existe des traces d'un corps de délit dans le sens le plus étendu du mot. Admettre le contraire serait faire dégénérer le système pénal en inquisition proprement dite, c'est-à-dire en vexations généralement frustratoires ; ce serait le tourner ainsi contre son but, puisque, au lieu de procurer la sécurité générale, il produirait l'insécurité*.

³ **Levasseur**, « Droit pénal général complémentaire » (Paris 1960), p.236 : *La qualification est le premier acte que doit faire n'importe quel rouage de la justice répressive*.

⁴ **Gautier**, note sous Versailles 15 décembre 1993 (D.1994 132) : *D'abord, doit être exposé le fait brut, sans qu'il soit tronqué et en s'abstenant pour l'instant de porter une appréciation de valeur, c'est l'exposé objectif des données de la situation juridique donnant lieu au litige... C'est ensuite seulement qu'intervient l'opération essentielle de la qualification ; dans cette opération se situe, pour la pensée juridique, un seuil critique. La pensée fait un saut du fait brut au fait qualifié. La qualification correspond à la juridicisation du fait. Sur le vif, s'opère le passage du fait au droit... Le dernier terme du raisonnement ne pose normalement aucun problème, si la qualification des faits a été correctement opérée : il s'agit en effet de confronter les résultats (de contrôler la coïncidence du fait qualifié avec la définition légale de l'infraction)*.

⁵ **Cass.crim.** 8 janvier 1976 (Bull.crim. n°7 p.15) : *Il est interdit aux juges de se fonder sur des faits distincts de ceux sur lesquels repose la poursuite*.

⁶ **Code annamite de Gia Long**, art.371, commentaire officiel : *Les magistrats des tribunaux, en faisant les interrogatoires au sujet d'une affaire criminelle ou d'un procès, doivent absolument diriger leur information en suivant les indications des faits et des circonstances portées dans la déclaration de l'accusateur. S'ils vont chercher d'autres griefs en dehors de l'accusation primitive et les introduisent dans le jugement, pour en incriminer l'accusé, ils seront jugés d'après les dispositions relatives au fait d'incriminer volontairement quelqu'un*.

Le commentaire des légistes chinois est le suivant : *Chercher d'autres griefs implique de la part du juge la volonté de trouver un prétexte de condamnation, et c'est pour cela que le fait est puni*.

à qui l'infraction ainsi caractérisée peut être imputée¹. De matérielle qu'elle était jusqu'alors, la procédure va devenir, pour partie, personnelle². Mais elle repose d'ores et déjà sur un dossier nourri de faits propres à contenir les égarements passionnels du juge³.

Le troisième temps du raisonnement pénal, enfin, consiste, pour le juge, à déterminer la sanction qui doit être appliquée à celui auquel l'infraction vient d'être imputée.

À cette fin, dans un droit orienté vers la notion d'individualisation de la sanction pénale, le tribunal va devoir tenir compte de la personnalité du coupable⁴. Son pouvoir d'appréciation est alors absolument discrétionnaire⁵, bien évidemment dans les limites légales⁶. On observe ici un renversement de la méthode qui a caractérisé le tout premier temps du raisonnement pénal.

Dans les jugements et arrêts rendus de nos jours, on distingue les motifs, où ces trois temps du raisonnement sont détaillés, du dispositif, qui énonce précisément la peine fixée. Sous l'Ancien droit, il fallait chercher les motifs dans le dossier de l'instruction (d'ordinaire menée avec le plus grand sérieux), seul le dispositif figurait dans la décision⁷.

Par extrapolation de ce schéma, qui a été consacré depuis longtemps par la pratique⁸, mais n'a malheureusement pas été assez étudié par les criminalistes⁹, on peut dire¹⁰ que le raisonnement pénal va toujours :

¹ **Kenny**, « Esquisse du droit criminel anglais », p.412 : *Après avoir établi la perpétration de l'infraction, l'auteur des poursuites doit prouver que c'est l'accusé qui l'a commise.*

² **Procès de la Reine Marie-Antoinette**. Les deux premières questions posées au jury furent les suivantes :

1°/ *Est-il constant qu'il ait existé des manœuvres et intelligences avec les puissances étrangères et autres ennemis extérieurs de la République ; lesdites manœuvres et intelligences tendant à leur fournir des secours en argent, à leur donner l'entrée du territoire français, et à y faciliter le progrès de leurs armes ?*

2°/ *Marie-Antoinette d'Autriche, veuve de Louis Capet, est-elle convaincue d'avoir coopéré à ces manoeuvres et d'avoir entretenu ces intelligences ?*

³ **Cass.crim.** 2 déc. 1980 (Gaz.Pal.1981 I 593) a mis en lumière l'autonomie technique de la notion d'imputation par sa jurisprudence en vertu de laquelle si, dans une procédure accusatoire comme celle suivie en matière de presse, le tribunal ne peut modifier la qualification proposée par l'accusation, en revanche « il a le pouvoir d'apprécier le mode de participation du prévenu aux faits spécifiés ».

⁴ **Cass.crim.** 5 octobre 1977 (Bull.crim. n°291 p.740) : *Les juges répressifs disposent, quant à l'application de la peine dans les limites fixées par la loi, d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte.*

⁵ **Cass.crim.** 26 mars 1974 (arrêt Bret) : *Le droit donné au juge de prononcer le sursis s'exerce de manière purement discrétionnaire.*

⁶ **Cass.crim.** 29 novembre 1972 (Gaz.Pal. 1973 1 286) : *L'octroi du bénéfice de la confusion des peines est une simple faculté que les juges du fond exercent sans en devoir aucun compte.*

⁷ **Muyart de Vouglans**, « Instruction criminelle » (Paris 1752), p.803 donne cet exemple : *Nous avons ledit .°.°. déclaré dûment atteint et convaincu des Cas mentionnés au procès ; pour réparation desquels, l'avons banni à perpétuité de la ville de . . . ; et par la Déclaration du Roi du 21 mai 1682, dont lecture lui a été faite, le condamnons en . . . livres de réparations civiles, dommages et intérêts envers ledit . . . en . . . livres d'amende envers le Roi, et aux dépens du procès.*

⁸ **Pierre Ayrault**, « L'ordre, formalité et instruction judiciaire » (Paris 1615) : *Selon son ordre, sa formalité et cérémonie, faut que le crime aille devant, la peine après.*

⁹ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » T.III, p.4, observe que cette méthode a été peu étudiée : *La perception nette de la méthode manque à la plupart des juristes... Les juristes connaissent, à la vérité, la méthode juridique, ils la jugent dans la pratique et par ses applications ; mais cette connaissance est pour eux affaire de sentiment et d'expérience plutôt que de conscience. . . C'est une preuve nouvelle de cette vérité ancienne que la pratique rigoureuse et même la floraison la plus brillante d'un art ne dépendent point de la connaissance scientifique de son essence et de ses lois.*

¹⁰ **Ortolan**, « Éléments de droit pénal » (4^e éd., T.I, p.98), est l'un des rares à avoir abordé ce point : *Le délit vient avant la peine, voilà pourquoi les traités méthodiques de droit pénal suivent ordinairement*

*du légal au judiciaire,
du général au spécial,
du matériel à l'individuel,
de l'abstrait au concret,
de l'objectif au subjectif.*

C - LE PRINCIPE DIRECTEUR DE LA FONCTION LÉGISLATIVE : LA RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE :

24 - LA NOTION DE RESPONSABILITÉ OBJECTIVE. Si les limites de la compétence du législateur pénal demeurent quelque peu imprécises, le cœur de son activité ne fait aucun doute. C'est à lui qu'il incombe de définir les infractions punissables, de préciser les conditions de leur imputation à un justiciable, et de déterminer les sanctions applicables. À cet égard, deux principes opposés peuvent être envisagés : un principe objectif, qui s'attache par priorité à la gravité du trouble social causé par l'infraction, et un principe subjectif, qui met l'accent sur la responsabilité morale du prévenu¹.

Œdipe fut éloigné de Thèbes parce qu'un oracle avait prédit qu'il tuerait son père et épouserait sa mère. Quand il apprend cette prédiction, il fuit la ville de son enfance et dans le vain espoir d'échapper à son destin ; au cours de son voyage il tue un passant avec qui il s'est pris de querelle, puis il épouse la veuve du défunt roi. Or ce passant était Laïos, son père, et cette reine Jocaste, sa mère. Dans un système objectif, il est considéré comme coupable tout à la fois de parricide et d'inceste ; dans un système subjectif, il est innocent de ces deux crimes puisqu'il ignorait l'identité des personnes en cause².

Le système objectif s'attache par priorité à réprimer le dommage qui a été causé à la victime et le trouble qui a été porté à l'ordre social : ainsi Darius fit mettre à mort des généraux à qui on pouvait uniquement reprocher d'avoir été vaincus. Lors de la coupe du monde de football, qui se déroula en 1994, un défenseur colombien détourna malencontreusement un ballon dans son propre but, et provoqua ainsi involontairement l'élimination de son équipe ; il fut assassiné huit jours après son retour au pays, sur l'ordre pense-t-on de ceux qui avaient financé l'équipe.

Cette doctrine emporte des conséquences aux trois stades du raisonnement pénal. Elle conduit d'abord à adopter des infractions matérielles, qui reposent essentiellement sur l'atteinte qui a été subie par la victime et non sur l'immoralité de l'acte dommageable³. Elle invite ensuite à retenir la responsabilité de l'auteur de l'acte dommageable, quel que

une division inverse de celle des codes : des délits d'abord, et des peines ensuite... Le législateur, qui ne prétend point démontrer, mais qui commande, choisit pour ses prescriptions l'ordre le plus favorable au commandement.

¹ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » T.I p.79 : *On peut établir certaines règles générales sur la priorité des diverses formations juridiques : la conception matérielle extérieure précède la conception interne spirituelle.*

² **Tarde**, « La philosophie pénale » p.183 : *Entendre la responsabilité en un sens tout objectif et matérialiste, ce serait rétrograder aux temps primitifs où l'inceste inconscient d'Œdipe était jugé criminel comme s'il eût été conscient et voulu.*

³ **Glötz**, « La solidarité de la famille en Grèce » p.50 : *Il n'existe jamais, à l'origine, de circonstances qui soient à la décharge du meurtrier. Sa moralité n'est pas en cause : coupable ou non coupable, il est responsable. Qui a versé du sang, doit du sang... L'homicide involontaire ou excusable est traité comme l'assassinat par guet-apens.*

soit son état mental¹ ; elle autorise en outre à consacrer : la responsabilité collective du groupe² auquel il appartient³ et plus généralement la responsabilité du fait d'autrui, (voire la responsabilité pénale des animaux⁴). Elle admet enfin des sanctions collectives⁵. C'est en matière d'incriminations de police que l'on rencontre surtout⁶.

25 - LA RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE. La théorie de la responsabilité subjective est moins orientée vers le plaignant, sa blessure et ses souffrances, que vers l'auteur de l'acte reproché ; afin de savoir s'il a accompli cet acte dommageable intentionnellement. Influencée par les notions de péché ou de violation d'un devoir moral⁷, elle invite à ne retenir sur le plan pénal que des incriminations intentionnelles et une responsabilité morale individuelle, puis à prononcer une sanction de type éducatif⁸. La faute objective se trouve alors refoulée sur le terrain de la responsabilité civile ; et la réparation du préjudice subi par la victime n'est plus assurée que par le versement de dommages-intérêts.

C'est en ce sens qu'a lentement évolué le droit pénal européen, sur la base du dernier droit romain et sur l'impulsion du christianisme, notamment de la religion catholique⁹. C'est même l'une des constantes sociologiques les mieux établies que cette lente évolution des grandes civilisations de la responsabilité objective vers la responsabilité subjective¹⁰.

¹ **Télétexte** du 22 janvier 2000. *Un homme, pourtant reconnu comme malade mental, a été exécuté vendredi par injection mortelle à la prison de Huntsville, au Texas. Des médecins avaient cependant établi, quatre ans avant qu'il ne tue cinq personnes, qu'il était schizophrène et paranoïaque.*

² **Dion Cassius**, sur la fin de Séjan ancien favori de Tibère : *Il fut précipité aux Gémonies, livré pendant trois jours entiers aux outrages de la populace, puis jeté dans le fleuve. Ses enfants furent mis à mort, en vertu d'un sénatus-consulte ; sa fille, qui était fiancée au fils de Claude, fut auparavant violée par le bourreau, attendu qu'il n'était pas permis de faire mourir une vierge en prison.*

³ **Robespierre**, le 5 mars 1793, à propos de la loi sur les émigrés, a pu dire à la tribune de la Convention : *Les femmes et les filles des émigrés sont coupables envers la patrie... Rappeler les fils des émigrés, c'est rappeler les héritiers de leurs crimes, qui ne cesseront de déchirer la patrie jusqu'à ce qu'ils aient vengé leur père.*

⁴ **Ch.Desmazes**, « Les pénalités anciennes » (Paris 1868) p.90, rapporte cette sentence rendue le 10 janvier 1457 : *Disons et prononçons la truye de Jean Bailly, pour raison de meurtre et homicide par elle commis et perpétré en la personne de Jean Martin, être confisquée pour être mise à justice et au dernier supplice, et être pendue, par les pieds de derrière, à un arbre.*

⁵ **Garcillasso de la Véga**, dans son « Histoire des Incas » rapporte que, pour punir une félonie dont il avait été victime, *l'Inca ordonna que ceux qui avaient été les principaux auteurs de la trahison eussent, eux et leur postérité à l'avenir, quatre dents de devant arrachées, c'est-à-dire les deux incisives supérieures et les deux incisives inférieures.* Cet étrange héritage dura jusqu'à la conquête espagnole.

⁶ **Versailles** 13 novembre 1985 (Rev.Loy. 1986 p.180) : *Des nuisances sonores se trouvent excéder la mesure des inconvénients de voisinage, et sont en elles-mêmes génératrices d'une responsabilité objective découlant de la seule réalisation du dommage et n'impliquant pas la démonstration d'un faute.*

⁷ **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV -Morale- (2^e éd.) p.249 n°236 : *Ce qui fait l'homme, ce qui lui donne sa plus haute valeur et sa véritable dignité, ce n'est pas l'importance de son savoir ; Montaigne a fort bien dit « science sans conscience n'est que ruine de l'âme ». Ce qui donne à l'homme sa plus haute valeur, c'est la rectitude de la volonté et la soumission aux principes du devoir.*

⁸ **Proal**, « Le crime et la peine » (4^e éd.) p.346 : *L'intelligence et le libre arbitre sont les deux conditions de la responsabilité morale. L'homme n'est coupable que s'il connaît la morale et s'il a le pouvoir de l'observer. Ces deux conditions de la responsabilité morale sont aussi exigées pour la responsabilité légale ; la loi civile et la loi pénale sont fondées, comme la loi morale, sur la croyance au libre arbitre.*

⁹ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.63 n°103 : *Il ne peut y avoir de péché mortel avant que l'intéressé n'ait donné à son acte un vrai consentement, un acquiescement entier, conscient et libre.*

¹⁰ **Cuvillier**, « Manuel de philosophie » (10^e éd.) T.II p.265 : *Ce n'est que très lentement que la responsabilité s'est individualisée... Aujourd'hui nous pensons que seul peut être l'objet de la sanction l'auteur même de l'acte... La responsabilité, en s'individualisant, se spiritualise. Le crime est d'abord un événement matériel, et le rapport qui unit le crime au responsable est presque toujours un rapport matériel. De nos jours, au contraire, sans négliger complètement la matérialité de l'acte, la loi tient le*

En droit normand ancien, par exemple, est considéré comme coupable de meurtre celui qui, cueillant des fruits sur un pommier, lâche prise, tombe de l'arbre sur une personne qui se tient au-dessous et cause sa mort ; en ces temps primitifs, le dommage subi par la victime prévaut sur la culpabilité de l'agent et l'on considère qu'il y a homicide punissable. Mais, dès le XII^e siècle, en France comme en Angleterre, l'homicide accidentel n'est plus pénalement sanctionné¹. Un événement historique en fait foi : un certain Tirrel chassait de compagnie avec Guillaume II le Roux ; le roi lui donne l'ordre de tirer sur un cerf ; la flèche vole, elle touche un arbre, elle ricoche, et elle frappe le Roi qu'elle tue net ; Tirrel échappa à une condamnation pour réicide.

Sur le continent, à la veille de la Révolution française, l'évolution était déjà avancée² : dans la conscience sociale seul l'homicide intentionnel³ était considéré comme un meurtre au sens propre du terme (toutefois le prévenu devait obtenir des lettres de rémission). La *Common law* a suivi la même évolution. L'an 1887, en Angleterre, après avoir assuré sa maison pour une somme très supérieure à sa valeur réelle, Léon Serné y mit le feu ; ses deux fils ayant péri dans l'incendie qui s'ensuivit, il fut traduit devant la Cour criminelle. En effet, la jurisprudence considérait alors que, en cas d'incendie volontaire de lieu habité aboutissant à mort d'homme, il y avait par le fait même homicide intentionnel. Cependant, en l'espèce, il était parfaitement établi que, bon père, Serné n'avait nullement eu l'intention de tuer ses fils ; aussi, constatant l'absence avérée d'intention criminelle, le jury passa-t-il outre aux « précédents » et acquitta-t-il de ce chef le malheureux père⁴.

La même évolution que nous venons d'esquisser à propos de la structure de l'infraction peut être observée, aussi bien du point de vue de l'imputation, avec l'exclusion de la responsabilité familiale⁵, que du point de vue des sanctions applicables, avec l'interdiction des peines collectives⁶.

26 - PRÉFÉRENCE À LA RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE. Ni notre Constitution, ni les principales Conventions internationales n'ont expressément marqué leur préférence pour l'une ou l'autre de ces deux conceptions de la responsabilité. Pure omission sans doute, mais fâcheuse puisque, à l'exception d'une disposition ancienne à portée limitée⁷, elle nous prive d'une base textuelle. La doctrine catholique la consacre expressément¹.

plus grand compte de l'intention du coupable, et certains auteurs préconisent même l'individualisation de la peine, c'est-à-dire son appropriation à la perversité de l'agent.

¹ **Le Foyer**, « Le droit pénal normand au XIII^e siècle » (Paris 1931) p.52 et s. : *L'homicide involontaire commis par malheur est appelé par le Droit normand homicide per infortunium « par mésaventure »... Le Droit normand classique épargne toute sanction pénale à un tel homicide involontaire.*

² **De Ferrière**, « Dictionnaire de droit » (Toulouse 1779) v^o Crime : *Il n'y a rien de plus odieux que le crime qui est commis de propos délibéré et en exécution d'un projet criminel.*

³ **Sohet**, « Instituts de droit » (Bouillon 1772) L.5 n^o1 : *Dans toutes sortes de délits, on doit considérer l'intention plutôt que l'action.*

⁴ **Kenny**, « Esquisse du droit criminel anglais » p.47, approuve cette décision : *Pour constituer un délit, l'existence d'un élément moral est nécessaire au même titre qu'un élément physique. Ainsi, pour nous servir d'une formule couramment employée en droit anglais depuis près de huit cents ans : Actus non facit reum, nisi mens sit rea [un acte ne constitue par un fait criminel, si l'intention fait défaut].*

⁵ **Callistrate**, cité au Digeste de Justinien : *Le crime ou la peine infligée au père ne peut imprimer aucune tache au fils. En effet, chacun est soumis au sort selon ses actions et personne n'endosse le crime d'un autre.*

⁶ **Décret du 12 juillet 1982**, portant nouveau règlement de discipline générale des armées. Il interdit notamment aux militaires au combat de prendre des otages, de se livrer à des représailles ou à des sanctions collectives.

⁷ **Décret du 14 Vendémiaire an 3** : *La Convention Nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation...*

Si l'on se place sur le terrain procédural des droits de la défense, on peut observer que le fait de poser une question précise relative à la responsabilité morale du prévenu améliore sa position. Lorsque Dumas, président du Tribunal révolutionnaire, désirait obtenir la condamnation d'un accusé, il ne posait que la question de savoir si l'élément matériel était établi² ; lorsqu'en revanche, il estimait que les faits n'appelaient pas la peine de mort, il posait une seconde question relative à l'existence de l'élément moral³.

De ce point de vue, aucun doute possible⁴ : l'affirmation du principe de la responsabilité subjective s'intégrerait parfaitement à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, alors que l'énoncé d'un principe de responsabilité objective y apparaîtrait comme une incongruité⁵. C'est ce qu'ont pensé les rédacteurs des articles 121-1 et 121-3 du Code pénal, qui disposent : *Nul n'est responsable que de son propre fait ... Il n'y a point de crime sans intention de le commettre*. Encore faut-il prouver cette intention.

27 - LA QUESTION DE LA PREUVE. L'exercice de la justice répressive repose, à tous les stades de la procédure, sur des faits matériels, concrets, sensibles, ainsi que nous avons

Considérant qu'il ne peut exister de crime là où il n'y a pas eu intention de le commettre ; que le grand bienfait de l'institution du jury consiste principalement en ce que l'intention des prévenus doit être examinée et appréciée, à la différence de l'ancienne instruction criminelle, qui ne s'arrêtait qu'aux faits ; déclare nuls les jugements du Tribunal criminel du département de la Marne et du Tribunal de cassation, des 18 thermidor et 17 fructidor dernier.

Décrète en outre, pour ne laisser aucun doute sur l'esprit desdites lois, qu'à l'avenir dans toutes les affaires soumises à des jurés de jugement, les présidents des tribunaux criminels seront tenus de poser la question relative à l'intention, et les jurés d'y prononcer par une déclaration formelle et distincte, et ce à peine de nullité.

¹ **Catéchisme de l'Église catholique.** § 1859 : *Le péché mortel requiert pleine connaissance et entier consentement. Il présuppose la connaissance du caractère peccamineux de l'acte.*

² **Tribunal révolutionnaire.** Dans les poursuites contre Madame Roland, Dumas ne posa en réalité qu'une seule question (puisque la condition préalable de conspiration était tenue pour acquise) :

1°/ *Il a existé une conspiration horrible contre l'unité, l'indivisibilité de la République, la liberté et la sûreté du peuple français.*

2°/ *Marie-Jeanne Phelippon, femme de Jean-Marie Roland, est-elle auteur ou complice de cette conspiration ?*

[condamnée, elle fut guillotinée au pied de la statue de la Liberté, d'où sa célèbre apostrophe : « Liberté, que de crimes on commet en ton nom »]

³ **Tribunal révolutionnaire.** Lors du jugement de huit Carmélites et Visitandines dont Fouquier-Tinville demandait la mort, on ne sait d'ailleurs trop pourquoi, Dumas refusa de suivre l'accusateur public et posa en troisième lieu une question d'intention :

1°/ *Est-il constant qu'il a été formé un rassemblement de huit femmes dans lequel des prêtres coupables inspiraient un fanatisme qui a égaré plusieurs personnes au point de refuser le serment de liberté et d'égalité ?*

2°/ *Victoire Crevel... sont-elles convaincues d'avoir fait partie de ce rassemblement fanatique et d'avoir refusé de prêter serment ?*

3°/ *L'ont-elles fait dans le but de troubler l'État par une guerre civile en armant les citoyens les uns contre les autres et contre l'autorité légitime ?*

[n'ayant évidemment pas eu une telle intention, les malheureuses sauvèrent leur tête, mais n'en furent pas moins incarcérées... avec des prostituées]

⁴ **Rossi**, « Traité de droit pénal » p.540 : *Le devoir commande aux juges de déclarer la non culpabilité de l'accusé, toutes les fois que les faits particuliers leur ont inspiré la pleine conviction qu'il n'y a pas eu concours de l'intelligence et de la volonté de l'agent dans l'acte matériel, quand bien même les faits ne rentreraient dans aucun des faits généraux de justification prévus par la loi. Le juge qui, dans un tel cas, condamnerait l'accusé, trahirait sa conscience et se rendrait moralement coupable d'un crime.*

⁵ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ?) : *L'expérience des siècles a conduit à mettre en tête du droit pénal l'exigence en principe de l'intention délictueuse.*

déjà eu l'occasion de l'observer à plusieurs reprises¹. En conséquence, lorsqu'il décide d'édicter une nouvelle incrimination ou d'instaurer un nouveau mode d'imputation, le législateur pénal doit tenir compte de cette règle fondamentale pour s'assurer que son texte sera applicable. En quelque sorte, les dispositions qui régissent la procédure pénale constituent un préalable aux techniques d'élaboration des textes de droit pénal général et de droit pénal spécial.

La théorie des preuves présente une importance telle que des ouvrages considérables y ont été consacrés². Nous nous bornerons ici à évoquer les règles fondamentales, admises en droit contemporain, quant à la charge de la preuve et quant aux modes de preuve. Mais nous n'aborderons pas la question de l'appréciation des preuves par le tribunal, car elle ne soulève que la délicate question de l'intime conviction³ des juges et des jurés⁴ et se situe en conséquence en dehors des limites de notre sujet.

La charge de la preuve découle du principe selon lequel un prévenu est présumé innocent tant que la preuve de sa culpabilité n'a pas été rapportée de manière à la fois régulière et pertinente⁵. C'est donc sur le ministère public et sur la partie civile que pèse le fardeau de la preuve⁶ ; or il est plus difficile de prouver une omission qu'une action, et une intention qu'une parole : le législateur doit en tenir compte⁷. De son côté, le prévenu ou l'accusé peut en théorie se borner à attendre, pour se lancer dans la bataille, que l'accusateur ait établi des faits de nature à faire naître une présomption de culpabilité.

¹ **Stéfani et Levasseur**, « Procédure pénale » (2^e éd.), p.272 n° 283 : *Le problème de la preuve domine toute l'action répressive... L'organisation du régime des preuves conditionne tout le fonctionnement de la répression.*

² **Mittermaier**, « Traité de la preuve en matière criminelle » éd. Paris 1848 (préface) : *C'est en le voyant fonctionner que l'on peut juger un système de preuve en matière criminelle, et dire si sa tendance principale est la sauvegarde de l'innocence, si son but exclusif est la manifestation de la vérité matérielle ; s'il demeure fidèle aux règles souveraines qui président à sa recherche, combinées avec celles non moins sages de la liberté de conscience du juge.*

³ **Gorphe**, « L'appréciation des preuves en justice » (Paris 1947), p.17 : *Si la conviction intime doit servir de critère à la vérité judiciaire dans la libre appréciation des preuves par le juge, elle ne saurait dispenser d'une méthode pour la découverte de la vérité, pas plus que le critère de l'évidence ne dispense le savant d'une technique logique. Livrée à elle-même, la simple conviction, comme l'évidence, risque fort de tomber dans l'intuition affective ; or sa force ne sert pas de garantie... Le souci de motiver avec précision ses jugements oblige le juge à raisonner son opinion et l'incite à donner à sa décision une base bien établie. Au contraire, malheureusement, le jury décide avec un souverain arbitraire son verdict par oui ou par non, pouvant dire blanc ce qui est noir et inversement, au nom d'une conviction subjective sans preuve.*

⁴ **Faustin Hélie**, « Traité de l'instruction criminelle » (2^e éd.), T.IV, p.271 n° 1721 : *La certitude judiciaire ne doit pas précéder la discussion, elle ne doit que la suivre. Il suit de là que plusieurs conditions sont essentielles à l'existence de cette certitude. Ces conditions sont : La vérification attentive du fait et de toutes ses circonstances ; cette vérification comprend la constatation du corps du délit, l'examen des lieux, la recherche de tous les indices, mêmes les plus légers, de tous les renseignements, même les plus accessoires, relatifs au caractère du fait, à la moralité du prévenu, à celle des témoins.*

⁵ **Boré**, « La cassation en matière pénale » (Paris 1985) p.596 n° 1970 : *La présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu impose de le faire bénéficier du doute (in dubio pro reo) lorsque celui-ci porte sur un point de fait et non de droit. Affirmée dans l'art. 9 de la Déclaration des droits de l'Homme, reprise comme préambule à la Constitution de 1958, cette présomption d'innocence est également consacrée par l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950.*

⁶ **R. et P. Garraud**, « Précis de droit criminel » (15^e éd.), p.799 n°378 : *La charge de la preuve incombe à l'accusation : cette preuve doit porter, et sur l'existence de l'infraction, c'est-à-dire sur l'existence du corps du délit, et sur la participation matérielle et morale de l'inculpé au délit dont on le reconnaît l'auteur ou le complice, c'est-à-dire sur la culpabilité.*

⁷ **Jeandidier**, « Droit pénal général » (2^e éd.), p.177 n° 155 : *Les infractions d'omission font de leur côté bande à part et soulèvent une difficulté originale dans la mesure où il apparaît problématique de localiser quelque chose qui ne s'est pas réalisé.*

En pratique, pour influencer sur l'intime conviction du juge, il a pourtant intérêt à ne pas trop attendre pour souligner les points en sa faveur ; tout particulièrement c'est à lui qu'il appartient d'établir qu'il se trouvait en état de légitime défense¹ ou dans un état psychique le privant de son libre arbitre². Selon la formule classique *actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor* (la charge de la preuve incombe au demandeur, l'accusé qui oppose une exception en sa faveur devient demandeur).

En principe tous les modes de preuve peuvent être proposés dès lors qu'ils ont été recueillis légalement et loyalement³, mais aucun n'a prééminence de droit sur les autres⁴. Pendant longtemps on a considéré l'aveu comme la reine des preuves, au point de chercher à l'obtenir par l'emploi de la torture ; en réalité l'aveu n'est vraiment convaincant que dans la mesure où il est circonstancié, c'est-à-dire renforcé par des indications précises que seul le coupable pouvait connaître⁵. Le témoignage demeure le mode de preuve le plus fréquent, mais il laisse trop souvent planer un doute tant l'erreur même de bonne foi est humaine : c'est pourquoi on a pendant des siècles posé en principe que seuls deux témoignages concordants pouvaient emporter la conviction du juge⁶. Enfin, pour faire bref, les juges peuvent tenir compte des indices matériels⁷ ; avec les progrès de la police scientifique, ils occupent même de nos jours une place de choix parmi les modes de preuve : empreintes digitales, empreinte génétique, pour ne citer que les plus connus permettent bien plus sûrement qu'autrefois de cerner la vérité⁸ (il ne faut toutefois pas se faire trop d'illusions à cet égard : elles ne sauraient donner une certitude absolue car elles peuvent avoir été manipulées afin de tromper les enquêteurs sur l'identité de l'auteur des faits).

¹ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.I (7^e éd.), p.585 n° 462 : *Les faits justificatifs sont des circonstances exceptionnelles entraînant des dérogations à la loi pénale. Il est donc normal que la personne poursuivie ait la charge de prouver ces circonstances.*

² **Donnedieu de Vabres**, « Traité de droit criminel » (3^e éd.), p.714 n° 1239 : *Si l'inculpé veut se défendre en invoquant un fait justificatif, ou en se prévalant d'une excuse atténuante, c'est à lui d'en faire la preuve.*

³ **Cass. Ass.plén.** 6 mars 2015 (Bull.crim. n°2 p.5) : *Porte atteinte au droit à un procès équitable ainsi qu'au principe de la loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique.*

⁴ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.II (4^e éd.), p.161 n° 128 : *À la différence de la procédure civile, la procédure pénale admet le principe dit de la liberté de la preuve, corollaire de cet autre principe fondamental qu'est l'intime conviction du juge.*

⁵ **Morin**, « Répertoire de droit criminel » (Paris 1850), v° Aveu : *À ne consulter que la logique, l'aveu personnel, n'est-il pas de meilleur témoignage que celui de l'inculpé qui se reconnaît auteur du fait poursuivi, que celui du prévenu ou accusé qui fait un aveu complet devant son juge ? Quel est l'homme innocent qui voudrait se déclarer coupable ?*

Mais ne doit-on pas d'autant plus craindre l'erreur, que le procès est plus grave et que l'accusé est moins libre ? ... La déclaration peut avoir été faite sous l'empire d'une contrainte morale ; elle peut même être mensongère, avoir été faite dans le but... d'empêcher de découvrir le vrai coupable, parent ou ami. Il s'est trouvé des personnes assumant des délits commis par d'autres, pour se faire payer par celles-ci... L'erreur étant possible, le législateur n'a pas pu ériger l'aveu en preuve irrécusable.

⁶ **Pothier**, « Traité des obligations », IV, II, VII : *Le témoignage d'un seul témoin ne peut faire une preuve, quelque digne de foi qu'il soit, et en quelque dignité qu'il soit constitué.*

⁷ **Stéfani et Levasseur**, « Procédure pénale » (2^e éd.) p.325 n°346 : *La preuve par indices joue un rôle capital dans l'exercice quotidien de la répression... Sous un régime de preuves de conviction, les indices ne peuvent avoir qu'une valeur de fait, variable à la fois selon la nature de l'indice et selon l'appréciation subjective du juge.*

⁸ **Pradel**, « Procédure pénale » (17^e éd.) p.434 n° 477 : *La preuve par l'empreinte génétique ou A.D.N. (acide desoxyribonucléique) est souvent présentée aujourd'hui comme la preuve parfaite permettant de confondre par exemple l'auteur d'un viol ou d'un homicide volontaire dès lors qu'ils ont laissé sur les lieux d'un crime ou sur le corps de la victime quelques cellules de leur sang, salive, sperme... et qu'une comparaison pourra être faite avec des cellules appartenant à leur propre corps s'ils sont soupçonnés.*

Œuvre humaine, tout jugement peut être entaché d'erreur. Le législateur doit prendre ce risque en compte lorsqu'il définit une infraction ou un mode d'imputation, et qu'il évoque la manière de l'établir.

Nous y reviendrons en étudiant tour à tour l'art d'édicter, d'abord les lois définissant les infractions (Première partie), ensuite les lois déterminant l'imputation des infractions (Deuxième partie), enfin les lois fixant les sanctions applicables aux personnes reconnues coupables d'une infraction (Troisième partie). Mais il nous faut auparavant dégager, dans un Chapitre préliminaire, les règles générales d'élaboration des lois pénales ; tâche ardue car cette question, souvent effleurée, n'a été que peu étudiée dans son ensemble¹.

¹ **Marat**, « Plan de législation criminelle » (Paris 1790) p.27 : *Des lois pénales. Le croirait-on, si une triste expérience ne le prouvait que trop ? Dans un siècle où les sciences sont approfondies, la plus importante au bonheur des hommes est encore au berceau.*