CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : RÈGLES GÉNÉRALES DE LÉGISLATION

101 - LA LOI EN GÉNÉRAL. - Un poète latin¹, un Empereur byzantin², un philosophe français³, vivant à des siècles les uns des autres, ont souligné l'importance de la loi et l'intérêt qui s'attache à l'étude de la science législative. Aussi convient-il de procéder avec prudence, et de commencer par s'interroger sur la notion et sur la nature juridique de la loi. En effet, la loi n'est pas le droit, tout le droit et rien que le droit ; elle n'en constitue que l'une des manifestations parmi d'autres⁴.

Dans les pays où la distinction des fonctions législative et judiciaire est officialisée par une séparation du pouvoir de faire des lois et du pouvoir de rendre des jugements (outre le pouvoir de faire respecter les lois et d'exécuter les jugements), la loi se définit d'abord par opposition au jugement⁵. Dans ce contexte, la loi édicte une règle de droit pour l'avenir et en sanctionne la violation⁶, alors que le jugement se borne à appliquer une règle de droit préexistante à un cas d'espèce présent. La loi apparaît ainsi comme étant générale, abstraite, et impersonnelle⁷. Ne s'analysait donc pas en une loi la déclaration solennelle du Parlement énonçant que : « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* »⁸.

D'abord, de l'avis unanime⁹, la loi est générale¹ ; elle ne s'attache pas aux différents cas d'espèce qui peuvent se présenter², elle ne tranche pas telle ou telle situation particulière.

¹ **Pindare**, « Fragments » : *La loi est la reine du monde, des hommes et des dieux.*

² **Justinien**, « Digeste » (1^e préface) : *Rien n'est plus digne de l'attention et de l'étude des hommes, que les dispositions des lois qui règlent tout ce qui concerne les choses divines et humaines.*

³ **Montesquieu**, « De l'esprit des lois » I-I-I : *Puisque le monde, formé par le mouvement de la matière, subsiste toujours, il faut que ses mouvements aient des lois invariables... Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites : mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites. Avant qu'il y eût des êtres intelligents, ils étaient possibles ; ils avaient donc des rapports possibles, et par conséquent des lois possibles.*

⁴ **Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » II-II, Q. 104 a.4 : *La loi est l'art d'organiser et de régler la vie humaine.*

II-II, Q. 57, art. 1, sol. 2 : *La loi n'est pas à proprement parler le droit, mais plutôt la règle du droit.*

⁵ **Garraud**, « Traité de droit pénal » (3^e éd.) T.II p.675 n°784 : *La gravité du fait punissable et la culpabilité du criminel peuvent et doivent être appréciées de deux manières : d'une manière abstraite, par le législateur, qui déterminera, p.ex., quelle peine doit encourir quiconque commet un meurtre, un vol, un incendie ; d'une manière concrète, par le jugé, qui déterminera quelle peine doit encourir tel meurtrier, tel voleur, tel incendiaire.*

⁶ **Carbonnier**, « Droit civil » T.I : *La loi est une règle de droit voulue par l'État sous la sanction de la contrainte.*

⁷ **Marty et Raynaud**, « Droit civil » T.I (2e éd.) p.145 n°78 : *Au point de vue du fond, la loi se définit comme une règle générale, et dès lors abstraite et permanente. Générale, parce qu'elle est destinée à régir non un cas particulier, mais une série de cas semblables qui se présenteront dans le temps. Abstraite, car par sa généralité même elle suppose une formulation fondée sur des situations typiques énoncées in abstracto. Permanente, en ce sens que la loi s'applique à tous les cas qui peuvent se succéder jusqu'à son abrogation.*

⁸ **Conseil constitutionnel** 28 février 2012 (n° 2012-647 DC), sommaire : *Une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait en elle-même être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi.*

⁹ **H.Mazeaud**, « Cours de droit civil » (1954-1955) T.I p.35 : *La loi est une règle générale, établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits.*

Le travail du législateur se situe sur le plan des modes universels de délinquance ; il apparaît ainsi très différent de la mission qui est confiée aux tribunaux. Puisque l'échelle d'observation diffère du législateur au juge³, on ne saurait s'étonner du fait que leur manière d'approcher le phénomène criminel ne soit pas identique.

En deuxième lieu la loi est abstraite⁴. Elle ne vise pas une agression actuelle, avec toutes les souffrances qui en découlent, mais de simples catégories juridiques⁵. Son élaboration suppose donc avant tout un travail de conceptualisation⁶. C'est dans cette optique que le législateur définit les incriminations, puis les coule dans une formule qui constituera, lors des procès à venir, la « majeure » du syllogisme judiciaire (que nous avons étudié de manière approfondie dans l'ouvrage « Le jugement pénal »).

Enfin, la loi est impersonnelle⁷. Elle ne concerne pas tel individu particulier⁸, mais tous les justiciables se trouvant dans telle situation⁹. La décision du peuple athénien condamnant Socrate à mort n'était pas une loi ; il en était de même du texte punissant le fait de cacher Georges Cadoudal¹⁰. Lorsque, haranguant ceux qu'il chargeait d'éliminer le duc de Guise, Henri III leur dit qu'il était roi, qu'il avait le droit de vie ou de mort sur ses sujets, et qu'il leur donnait le droit de tuer, il n'édicte pas une règle de droit ; il invitait ses spadassins à commettre un acte illicite, même s'il était politiquement utile. De même, ne constituait pas une loi la décision de la Convention qui mit Maximilien Robespierre « hors la loi ». C'est pourquoi la majorité des lois pénales sont ainsi formulées¹¹ : « Quiconque accomplit sciemment tel acte encourt telle sanction », afin de montrer qu'elles visent tout le monde.

¹ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.314 n°125 : *La généralité de la règle doit être considérée comme le caractère essentiel de la loi, en tant que le régime légal constitue la garantie contre l'arbitraire. Elle assure l'égalité en ne permettant pas au législateur de faire des distinctions qui seraient établies sur des considérations religieuses ou politiques.*

² **Rousseau**, « Le contrat social » (III, VI) : *La loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière.*

³ **Lecomte du Noüy**, « L'homme et sa destinée » (Livre I) : *Du point de vue de l'homme, c'est l'échelle d'observation qui crée le phénomène. Chaque fois que nous changeons l'échelle d'observation, nous rencontrons des phénomènes nouveaux.*

⁴ **Rousseau**, « Le contrat social » (III, VI) : *La loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière.*

⁵ **Carbonnier**, « Droit civil » T.I § 2 : *La loi est une disposition abstraite, c'est-à-dire générale dans l'espace, permanente dans le temps, qui suppose une répétition de cas, une virtualité d'application à un nombre indéfini d'hypothèses futures.*

⁶ **Carbasse**, « Manuel d'introduction historique au droit » (Paris 2002), p.282 n°179 : *Le Code, comme toute loi, doit garder un niveau suffisant de généralité, sans prétendre prévoir et régler toutes les situations possibles. Car la vie sociale est de toute façon beaucoup trop complexe pour se laisser enfermer dans des formules juridiques closes, aussi détaillées soient-elles.*

⁷ **Carbonnier**, « Droit civil » T.I § 2 : *Parce qu'elle est abstraite, la loi est impersonnelle. Et cette impersonnalité de la loi est une garantie contre l'arbitraire : on n'a pas à craindre que la loi soit faite en faveur ou au préjudice d'un individu. D'où plus de sécurité pour les citoyens, plus d'égalité.*

⁸ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.314 n°125 : *Le législateur ne sait pas à l'avance quels sont ceux auxquels la loi s'appliquera. Ceux-là se détermineront eux-mêmes par leurs actes ou par leurs faits.*

⁹ **Aristote**, « L'éthique à Nicomaque » (V-IV) : *La loi n'envisage que la nature de la faute, sans égard pour les personnes qu'elle met sur un pied d'égalité. Il lui importe peu que ce soit un tel ou untel qui commette l'injustice ou qui la subisse, un tel ou untel qui cause le dommage ou en soit victime.*

¹⁰ **Loi du 29 février 1804** relative aux recéleurs de Georges. Art.1^{er} : *Le recèlement du nommé Georges et des soixante brigands actuellement cachés dans Paris ou les environs, soudoyés par l'Angleterre pour attenter à la vie du Premier consul et à la sûreté de la République, sera jugé et puni comme le crime principal.*

¹¹ **Code pénal italien** de 1930. Art. 241 : *Quiconque commet un acte tendant à soumettre le territoire, ou une partie du territoire de l'État, à la souveraineté d'un État étranger, est puni de mort.*

On a prétendu que, régulièrement élaborée, adoptée par la majorité¹ puis promulguée², la loi constituerait une règle de droit par la seule volonté³ de l'autorité publique⁴. Cette doctrine résulte de l'interprétation erronée d'une formule de notre Ancien droit : « *Si veut le Roi, si veut la Loi* ». À un imaginaire pouvoir discrétionnaire du Roi⁵, on a entendu substituer le pouvoir absolu de la Loi (d'où l'expression « Au nom de la Loi »)⁶.

Mais, à l'usage, cette conception de la loi, purement formelle, est apparue dangereuse : elle a successivement engendré la Terreur révolutionnaire, puis les différentes variantes du communisme, du fascisme et du nazisme. Aussi est-elle aujourd'hui rejetée par tous les courants humanistes⁷ ; pour eux, une disposition ne possède vraiment la qualité de loi que si elle présente en outre certaines qualités de fond⁸. C'est pourquoi, de nos jours, une disposition votée par un législateur peut se voir refuser le titre de loi et être rejetée par le Conseil constitutionnel ou par la Cour européenne des droits de l'homme.

Avant de nous pencher sur les qualités de fond exigées de la loi, il convient de préciser que, pour être complète⁹, une loi doit comporter une sanction¹⁰. Théologiens, philosophes

¹ **Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen** (5 fructidor an III) : *La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité des citoyens ou de leurs représentants.*

² **Gousset**, « Théologie morale » (11^e éd.) T.I, p.47 et 54 n°111 et 131, écrivait à juste titre, même du temps où la France était une Nation catholique : *La loi doit émaner du supérieur, qui a le droit de gouverner, le pouvoir de commander. Une bulle du Souverain pontife ne devient, en France, loi de l'État, qu'autant que la publication en a été autorisée par ordonnance du Roi.*

³ **Merlin**, « Répertoire de jurisprudence » V° Loi : *C'est un acte de la volonté souveraine, qui, ou commande certaines choses, ou les permet sous des conditions déterminées, ou les défend, soit d'une manière absolue, soit avec des réserves.*

V° Autorités : *Quand la loi parle, la raison doit donc se taire. L'autorité de la loi doit l'emporter sur la sagesse des particuliers. En fait de jurisprudence, chacun doit se méfier de sa propre raison. On s'imagine souvent avoir plus de lumières que les grands hommes qui ont présidé à la formation de la loi ; et c'est une erreur de l'amour propre. Pendant que la loi subsiste, elle est le flambeau qui doit seul nous guider ; toutes les autres lumières étrangères ne peuvent que nuire à sa clarté et nous égarer.*

⁴ **Demolombe**, « Cours de Code Napoléon » (4^e éd.), T.I, p.2 n°2 : *La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la Constitution politique, a le pouvoir de commander, de défendre ou de permettre, dans toute l'étendue de l'État.*

⁵ **Villey**, « Philosophie du droit » T.II (2^e éd.) p.212 : *Quand j'étais élève à l'école primaire, on m'y apprenait que les ordonnances de l'Ancien régime procédaient de l'arbitraire du roi. Ne l'avouaient-elles pas ? par cette formule « Car tel est notre plaisir »... Mais il y a faute de traduction. « Quod placuit » doit être traduit : ce qui est apparu au prince former la meilleure décision, après que le prince a pris conseil, et recueilli de part et d'autre les arguments de ses conseillers, quand le temps vient de clore la controverse.*

⁶ **Joseph-Barthélémy**, « Précis de droit constitutionnel » (Paris 1932), p.346 n°399 : *Définition - La loi est l'acte juridique émané du Parlement.*

⁷ **Pie XII** a dit 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.*

⁸ **Portalis**, Discours préliminaire au Code civil : *Les lois ne sont pas des actes de pure puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois.*

⁹ **Gousset**, « Théologie morale » (11^e éd.) T.I, p.46 n°107 : *On définit la loi : un précepte général, juste et permanent, publié dans l'intérêt d'une société, par celui qui a le droit de gouverner.*

¹⁰ **Pufendorf**, « Le droit de la nature » (VIII, III § 4) : *Toute loi a deux parties, l'une qui détermine ce qu'il faut faire ou ne pas faire, l'autre qui menace de quelque peine ceux qui y contreviendront.*

et juristes s'accordent pour dire que la loi est un précepte impératif¹, et qu'elle comporte nécessairement une sanction² pouvant être prononcée³ par l'autorité publique⁴. Une loi dépourvue de sanction (dite *lex imperfecta*) s'analyse en une simple recommandation⁵; depuis que la célébration d'un mariage a fait naître un prétendu « droit au divorce », les lois précisant les obligations réciproques des conjoints n'ont plus guère valeur que de conseil.

102 - LA LOI PÉNALE EN PARTICULIER. Quand y a-t-il loi pénale⁶? La question peut paraître oiseuse; mais la réponse revêt une grande importance. On a coutume de dire qu'une loi est pénale lorsque la sanction dont elle est assortie figure aux articles 131-1 et suivants du Code pénal⁷ et seulement⁸ dans ce cas⁹. De nos jours, il faut affiner l'analyse car il existe d'autres réactions punitives que celles propres au droit criminel.

En effet, la nature pénale de la loi applicable lors d'un procès emporte compétence des tribunaux répressifs; lesquels ont reçu pour mission: d'analyser les faits reprochés, de rechercher la vérité, de faire respecter les droits de la défense, et de réparer le dommage subi tant par la société que par la victime. Afin de bénéficier de cette procédure minutieuse, alliant prudence, rapidité et efficacité, une personne citée devant une juridiction civile peut estimer qu'il y va de son intérêt d'être traduite devant un tribunal répressif; elle va alors demander à la juridiction civile de se dessaisir en qualifiant les faits d'actes délictueux.

Pour définir ce qu'il est convenu d'appeler « la matière pénale », la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur plusieurs éléments. Le 21 octobre 1997, elle a précisé sa doctrine en ces termes: *La tâche de la Cour se limite à déterminer si la loi a trait à la matière pénale. Pour ce faire, elle a égard à trois critères: la qualification juridique de l'infraction litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la sanction*¹⁰.

¹ **Gousset**, « Théologie morale » (11^e éd.) T.I, p.46 n°108: *Premièrement, la loi est un précepte. Soit qu'elle commande, soit qu'elle défende, il est de l'essence d'une loi proprement dite de lier les sujets à l'égard du législateur; elle est, de sa nature, un règlement obligatoire.*

² **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV « Morale » (2^e éd.) p.197 n°185: *Toute loi doit avoir une sanction, sans quoi elle serait illusoire. Aussi n'y a-t-il pas une loi humaine qui n'oblige sous peine de quelque privation plus ou moins grave.*

³ **Le Senne**, « Traité de morale générale » (4^e éd.) p.589: *Des lois non sanctionnées ne sont juridiquement que du vent.*

⁴ **Ripert**, « Traité de droit civil » T.I (3^e éd.) p.64 n°146): *La loi est sanctionnée par la force publique. C'est par là que les lois se distinguent des règles morales qui, elles aussi, dominent les sociétés humaines.*

⁵ **Burlamaqui**, « Principes du droit naturel » (Genève 1747) p.119: *C'est la sanction qui fait la force propre et particulière de la loi. Car si le Souverain se contentait d'ordonner simplement ou de défendre certaines choses, sans y joindre une menace; ce ne serait plus une loi prescrite avec autorité; ce ne serait qu'un sage conseil.*

⁶ **Platon**, « Les lois » IX: *Parmi les lois, les unes semblent faites à l'usage des honnêtes gens, afin de leur apprendre comment ils doivent se comporter entre eux pour vivre en bons termes; les autres pour ceux dont le caractère est si dur que rien ne peut l'amollir, afin de les empêcher d'aller jusqu'au bout de la méchanceté. C'est pour ces derniers que le législateur est contraint de faire des lois pénales, tout en désirant qu'on n'en fasse jamais usage.*

⁷ **Morin**, « Répertoire du droit criminel » v° Lois criminelles n°1: *Le caractère propre des lois pénales est d'ordonner ce qui est bien et de défendre ce qui est mal, avec la menace d'une peine.*

⁸ **Cass.crim.** 13 mai 1949 (Bull.crim. n° 166 p.264): *Une prescription qui n'est pas assortie d'une sanction pénale ne relève pas de la compétence des tribunaux répressifs.*

⁹ **J-H.Robert**, « Droit pénal général » (2^e éd.) p.73: *Une disposition légale impérative qui prescrit ou interdit un comportement n'est pas une loi pénale... si sa violation n'est pas assortie d'une pénalité.*

¹⁰ **Cour européenne des droits de l'homme** 13 octobre 1993 (Gaz.Pal. 19 février 1994, Chr. I 4°): *La Commission se réfère aux critères dégagés dans l'arrêt Öztürk selon lequel « il importe de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de*

Par exemple, le texte qui incrimine le meurtre présente à l'évidence un caractère pénal. Il en va de même d'une loi qui édicte une peine d'emprisonnement ou une lourde amende : il a ainsi été jugé que le législateur ne saurait déclarer simplement fiscale une amende d'un montant de 20.000 €¹. De manière générale une mesure qui tend, non pas seulement à réparer un préjudice, mais également à produire un effet de prévention générale, doit être considérée comme pénale ; par exemple, la loi qui assortit une infraction au Code de la route du retrait du permis de conduire s'analyse en une loi pénale².

De nos jours, le législateur n'a donc pas la possibilité de qualifier une sanction, qui présente les caractères objectifs d'une peine, de « mesure de police administrative », afin de faire entrer le texte qu'il édicte dans le domaine de compétence d'une juridiction d'exception méconnaissant les droits de la défense³.

103 - LES LIMITES DES POUVOIRS DU LÉGISLATEUR. En 1981, le député socialiste A. Laignel apostropha l'opposition en ces termes : « *Vous avez juridiquement tort, puisque vous êtes politiquement minoritaire* ». Il se référait de la sorte à la doctrine dite « positiviste » qui reconnaît au Parlement un pouvoir législatif absolu. Cette formule est discutable sur le plan du droit, puisque la doctrine dominante exige que la loi présente certaines qualités de fond (et aussi en raison du dévoiement du système électoral, faussé par les groupes de pression) ; elle l'est du point de vue des justiciables, puisqu'elle dispense le législateur de respecter les règles rationnelles régissant les techniques législatives⁴.

Cette doctrine a servi de justification à toutes les dictatures du siècle dernier. C'est pourquoi les auteurs attachés à la démocratie libérale soutiennent que, loin de jouir d'un pouvoir discrétionnaire, tout législateur doit obéir aux principes généraux du droit, donc œuvrer en vue du Bien commun et respecter les règles protégeant la Dignité humaine. Une loi négligeant ces principes ne s'impose pas aux juges comme, pendant la seconde guerre mondiale, la Résistance l'a justement rappelé sous l'Occupation allemande⁵.

Du point de vue de la séparation des pouvoirs juridiques, nous avons déjà noté que, si le législateur a compétence pour traiter des hypothèses générales, abstraites et impersonnelles, il doit abandonner aux juges la connaissance des situations particulières non susceptibles de généralisation et d'abstraction. Il existe par ailleurs, aux côtés de la fonction législative,

l'État défendeur ; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'art. 6, la nature de l'infraction ainsi que la nature et de degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé .

¹ **Cour européenne des droits de l'homme** 24 février 1994 (Gaz.Pal. 29 mars 1994) relève comme indice : *des majorations d'impôts qui ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais qui visent pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables*.

² **Cons.d'État** 27 septembre 1999 (Gaz.Pal. 2000 I somm.1205 : *La réduction du nombre de points affectés au permis de conduire, à la suite du paiement d'une amende forfaitaire, présente le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elle vise. Ce dispositif constitue ainsi, même si le législateur a laissé le soin à l'autorité administrative de prononcer la sanction de réduction du nombre de points, une « accusation en matière pénale »*.

³ **Trib.pol. Privas** 12 octobre 1993 (Gaz.Pal. 1994 I somm.335) : *Le législateur n'a pas autorité pour baptiser « mesure de police administrative et de sûreté » une sanction qui présente les caractères objectifs d'une peine, pour la faire échapper à la compétence des Tribunaux répressifs*.

⁴ **M.A Frison-Roche**, « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites » (D.1994 Chr.17), remet vivement en cause la doctrine officielle, selon laquelle le législateur est souverain. *En cela son intervention constitue un pur acte d'autorité : la cause de la loi est, d'une façon fermée, tautologique, dans la volonté du législateur. Ainsi, la loi a pour raison la loi... Dès lors, point n'était besoin de méthode législative. Parler de méthode législative, c'est sortir de l'hypothèse d'une souveraineté du législateur*.

⁵ **M.Rolland**, Message lancé de Londres aux magistrats de France : *Au nom de quoi prétend-on vous imposer le respect d'une légalité, qui n'est qu'un arbitraire, qui viole tous les principes juridiques qui ont formé notre conscience. Magistrats de France, il n'est pas un texte qui puisse vous lier. Au dessus de la loi écrite, il est la loi morale. Dans la carence des lois, un magistrat n'a pour guide que sa conscience*.

une fonction philosophique et une fonction doctrinale sur le terrain desquelles le Parlement ne saurait s'aventurer sans danger¹.

1^o Le législateur ne doit pas prendre parti dans les débats de philosophie générale. Lorsque, par un arrêté pris le 9 octobre 1793, Joseph Fouché proclama que « la mort est un sommeil éternel », il excéda à l'évidence les limites de sa compétence. Des déclarations de cette nature n'ont pas leur place dans la loi, contrairement à ce que l'on pouvait penser sous le règne du « siècle des lumières »².

Tout d'abord, en raison de la séparation du domaine temporel et du domaine spirituel, le législateur ne doit pas intervenir dans les débats théologiques comme ce fut le cas dans l'Empire byzantin³, sous les Mérovingiens⁴ et encore en Grande-Bretagne avec Henri VIII⁵. Il en est particulièrement ainsi du moment où la Constitution pose un principe de neutralité religieuse du pouvoir temporel. Ne pouvait donc être considéré comme une loi, le décret de la Révolution énonçant que « Dieu est mort ».

D'autre part, le législateur doit se garder de poser des principes philosophiques⁶. Sans doute, s'il entend intervenir dans la vie de la Nation de manière cohérente, doit-il s'inspirer d'une conception politique et d'une école économique donnée. Mais sa doctrine ne doit s'exprimer que dans les préambules des lois, afin de laisser une marge de manœuvre aux juges pour le jour où ils devront adapter une loi aux contraintes de la pratique.

Encore le législateur ne doit-il pas succomber aux mirages de l'idéologie, c'est-à-dire d'une ligne de conduite faisant prévaloir une théorie sur les faits⁷. Il excède ses pouvoirs lorsqu'il entreprend, éventuellement au prix d'un génocide, de créer un homme nouveau à l'image de ses utopies⁸. L'expérience a montré que les « lendemains qui chantent » ne profitent guère qu'à la nomenklatura.

¹ **Vitu**, *Le droit criminel français et les convictions religieuses, philosophiques, morales ou politiques* (Université d'Aix-Marseille 1985) : *Le juge n'est pas théologien et il ne lui appartient pas de trancher entre Saint-Augustin et Saint Thomas d'Aquin, pas plus qu'en matière médicale il ne doit prendre parti pour Galien contre Hippocrate.*

² **Code Frédéric** publié en 1748 mais jamais promulgué (I, V, § 1 et 3). Il sort de son sujet lorsqu'il énonce : *Le premier état que l'homme acquiert par la Nature, c'est l'état de liberté ; car naturellement tous les hommes sont libres, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas soumis à la puissance d'un maître.... Chez les romains un homme perdait cet état lorsqu'il était pris par l'ennemi dans une guerre ouverte...*

³ **Bailly**, « Byzance » II, 2 : *Aux yeux de Justinien, l'Église représentait un tel pouvoir que ses conceptions autocratiques l'obligeaient à se l'annexer. S'il n'alla pas jusqu'à se proclamer souverain pontife de son empire, il en joua constamment le rôle... Il convoquait les conciles aux débats desquels il présidait, ne tenant pour orthodoxes que les décisions sanctionnées par lui.*

⁴ **Chilpéric** décida un jour qu'il convenait d'appeler la Sainte Trinité simplement « Dieu », et dit à Saint Grégoire de Tours : « *Je veux que toi et tous les autres docteurs de l'Église, vous croyiez de cette manière* ». Sa prétention fut évidemment sans lendemain.

⁵ **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » (éd. Paris 1776) T.V p.381 : *Henri VIII établit comme règle de foi dans l'Église anglicane que c'était se rendre coupable du crime d'hérésie que de ne pas croire à la communion sous une seule espèce, au sacrifice de la messe... peine de mort.*

⁶ **Beccaria**, « Des délits et des peines » préface : *C'est aux théologiens à établir les limites du juste et de l'injuste, selon la méchanceté ou la bonté intérieures de l'action. C'est au publiciste à déterminer ces bornes en politique, c'est-à-dire, sous le rapport du bien ou de mal que l'action peut faire à la société.*

⁷ **Chauveau-Hélie**, « Théorie du Code pénal » (2^e éd.), T.II p.2 : *Classer les faits, non d'après leur nature, mais d'après une idée systématique, peut leur imposer un caractère qui ne leur appartient pas, et entraîner de funestes conséquences.*

⁸ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.VII : *Je voudrais inspirer aux juristes la crainte d'un pouvoir politique détruisant la liberté dans le périlleux dessein d'établir un ordre meilleur.*
Voir, Doucet, « Le lit de Procuste » (Gaz.Pal. 2002 I Doct. p.568).

Tout comme le juge sera amené à le faire après lui, le législateur doit se référer à des faits, matériels, sociaux ou humains¹. Il doit à plus forte raison prendre en compte les mœurs et coutumes propres à chaque société.

2°/ Le législateur ne doit pas prendre parti dans les débats de doctrine juridique. De même qu'il importe de séparer strictement la fonction spirituelle de la fonction temporelle, de même il convient de distinguer la fonction doctrinale de la fonction législative.

Du temps de l'empire byzantin, les études juridiques détenaient la première place à l'Université ; elles furent tout particulièrement favorisées par Léon le Sage qui estimait que l'on ne saurait être bon souverain si l'on n'est bon législateur². Dans les pays où la liberté civique fleurit, la fonction de jurisconsulte est officiellement³ reconnue⁴ ; sous les régimes autoritaires, en revanche, les légistes sont tenus en grande⁵ suspicion⁶. Ainsi, en notre temps de « politiquement correct », l'Université n'enseigne plus la science législative, qui s'inspire de la philosophie morale, de l'histoire du droit et du droit comparé ; elle se borne à exposer le droit positif, c'est-à-dire à présenter les textes édictés par le Pouvoir en place.

C'est pourtant à l'Université qu'il appartient de définir le vocabulaire, les notions, les catégories qui serviront de langage commun au législateur, aux juges, aux praticiens, et aux parties⁷ ; en effet, selon le joli mot de Rossi : « *le droit est une langue* », et cette langue ne doit pas être sclérosée⁸ par la loi¹. Il lui incombe également d'éclairer la pratique

¹ **Gény**, « Science et technique en droit privé positif », T.II p.381 parle de donné rationnel. *Le donné rationnel comprend les préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme. Il est, en effet, des règles de conduite que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses... elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques.*

² **Institutes de Justinien**, 1,1,1 : *La science juridique consiste dans la connaissance des choses divines et humaines, et dans l'art de distinguer ce qui est juste de ce qui est injuste.*

³ **Institutes de Justinien** (I, 2, 8) : *Les décisions des jurisconsultes, à Rome, quand elles étaient rendues à l'unanimité, jouissaient d'une si grande autorité qu'il n'était pas permis au juge de s'en écarter.*

⁴ **Constitution de Charles Quint**, dans son article 105 elle autorisait les juges à condamner hors des termes de la loi, à la condition expresse qu'ils prissent l'avis de jurisconsultes éminents.

⁵ **Sohet**, dans ses « Instituts de droit », évoque la bulle du pape Pie IV du 26 janvier 1564 : *Il est défendu de faire aucun commentaire, glose ou annotation sur le Concile de Trente ; mais en cas de doute, on doit recourir au Souverain Pontife qui a établi à cet effet une congrégation particulière des Cardinaux interprètes du Concile de Trente.*

⁶ **Frédéric II de Prusse**, le protecteur de Voltaire, dans la Préface de son Code, écrit : *Afin que les Professeurs n'aient pas l'occasion de corrompre les lois de ce corps de droit, par des interprétations données de leur propre autorité, le Roi a défendu sous de sévères peines d'en faire des commentaires. Par la même raison, il a défendu aux Professeurs qui instruisent la jeunesse, de lui indiquer, contre les termes de la loi, même en prenant pour fondement son esprit et son intention, des amplifications, des limitations ou des exceptions... C'est pourquoi les Professeurs doivent se contenter de faire connaître simplement le système aux jeunes gens, et de leur inculquer les principes généraux sur chaque matière.*

En foi de quoi, le Code énonce (I, I, II, § 5 et 10) : *Défendons aux avocats de citer à l'avenir l'autorité de quelque docteur que ce soit.*

Nous défendons de faire des commentaires ou des dissertations sur tout le corps de droit ou sur quelqu'une de ses parties. Car la plupart des commentateurs, ignorant l'esprit ou la raison de la loi, ne font que donner lieu à des disputes inutiles.

⁷ **Hobbes**, « Traité de l'homme » (XIII-8), observe : *Toutes les sciences commencent par des définitions ; autrement, elles ne doivent pas être appelées sciences, mais purs discours.*

⁸ **Saleilles**, Annuaire de législation étrangère de 1896, T.XXVI, p.151 : *Les définitions théoriques se prêtent très mal à une fixation législative, car elles doivent suivre l'évolution de la doctrine. Fixer dans la loi une construction juridique, c'est arrêter tout l'essor du progrès scientifique en le condamnant à une*

sur les différents aspects de la matière², donc de dérouler la logique interne de chaque système possible et d'énoncer les principes généraux qui les régissent. À cette fin elle doit partir des faits concrets qui lui sont fournis par les annales³; et ce en dépit de l'attirance exercée sur l'esprit humain par de séduisantes idées abstraites⁴.

Le législateur doit prêter attention à cette mise en garde; il ne saurait, par exemple, partir de l'illusion que l'élaboration d'une procédure pénale scrupuleusement agencée empêchera la commission d'erreurs judiciaires. Les Révolutionnaires étaient si persuadés de l'excellence de leur législation, qu'ils décidèrent de supprimer le recours en révision. L'affaire Lesurques, dite du « Courrier de Lyon », leur donna immédiatement tort : deux décisions de justice firent ressortir une contradiction, en sorte que l'on put craindre qu'un innocent n'ait été exécuté⁵. Il fallut rétablir d'urgence cette voie de recours; mais la Loi nouvelle avait déjà perdu son auréole dans l'opinion publique.

On ne peut s'empêcher d'observer que, comme dans les autres disciplines, la route de la science criminelle est semée d'embûches et jalonnée de controverses entre lesquelles il est souvent fort difficile de trancher. Aussi, par simple prudence, le législateur ne doit-il pas affaiblir son autorité en prenant parti dans des querelles d'écoles; d'autant que, de nos jours, exceptionnels sont les hommes politiques ayant acquis quelque compétence en matière juridique⁶.

104 - L'ÉTAT D'ESPRIT SOUHAITABLE DU LÉGISLATEUR. Se trouvant soumis aux prescriptions édictées par la Constitution et par les Conventions internationales, étant

formule immuable. La loi doit formuler surtout des solutions de fait et c'est à la science à remonter de là aux constructions théoriques toujours flexibles et changeantes, qui doivent pouvoir s'adapter à la mobilité des conceptions scientifiques. Un code n'est pas, et ne peut pas être, un livre d'enseignement ni de doctrine.

¹ **Jhering**, « L'esprit du droit romain », T.III p.68 : *Le législateur doit s'abstenir de construire, c'est-à-dire de faire de la théorie; sinon il empiète sur le domaine de la science, il se dépouille de son autorité et de sa puissance de législateur pour se mettre sur la même ligne que le juriste. Par suite, les constructions du législateur n'ont qu'une importance théorique, elles peuvent être toujours amendées, voir écartées par la jurisprudence... La science doit laisser à César ce qui est à César, mais il faut aussi que celui-ci abandonne à la science ce qui est du domaine de la science.*

² **Gény**, « Science et technique en droit positif » T.I, p.14 : *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.*

³ **Fabre**, « Souvenirs entomologiques », Vol .IV Chap. IX : *De mon domaine, je bannis le « si ». Je ne suppose rien; je cueille le fait brutal, qui seul mérite confiance; je l'enregistre et me demande ensuite quelle conclusion repose sur sa solide charpente.*

⁴ **A.Carel**, « L'homme cet inconnu » (éd. Plon) p.339 : *Les faits concrets ne satisfont pas notre esprit, qui aime l'aspect définitif des abstractions... Il est indispensable que notre esprit embrasse tous les aspects de la réalité.*

⁵ **Faustin Hélie**, « Traité de l'instruction criminelle » (2e éd.), T.8, p.518 n°4035 : *L'Assemblée constituante ne porta aucune disposition sur le pourvoi en révision, d'abord parce qu'elle lui parut incompatible avec la souveraineté du jury, ensuite parce que les puissantes garanties dont elle entourait les jugements criminels lui semblaient écarter toutes les chances d'erreur... Mais les faits, plus forts que la théorie, vinrent bientôt la convaincre d'imprévoyance. La condamnation d'un innocent, démontrée dans un autre procès, émut la conscience publique et motiva le décret du 15 mai 1793, qui ouvre la voie de la révision.*

⁶ **Taine** « Les origines de la France contemporaine » (T.II), L.II, Chap. II) : *Les titres des candidats aux élections sont ... des plus légers; rien n'atteste son honorabilité ni sa compétence; il n'a pas de diplôme comme le précepteur; il ne m'est point garanti par sa corporation comme le médecin. Sur des certificats aussi nuls que les siens, j'hésiterais à prendre un domestique... Devant leur impudence, la carrière publique s'est ouverte à deux battants.*

obligé de respecter le domaine propre de compétence des tribunaux judiciaires, tenu de rester à l'écart des débats spirituels, philosophiques ou doctrinaux, un législateur sage ne saurait à l'évidence se prendre pour un souverain absolu¹. Avec sagesse, Napoléon a pu dire qu'avant d'édicter une loi de quelque importance il s'efforçait d'imaginer l'impression qu'elle ferait sur un paysan prospère, le français moyen de l'époque².

Cette prudence s'impose d'abord parce que le législateur est impérieusement bridé par les lois de la nature³. Un humoriste prétend avoir lu un arrêté municipal rédigé en ces termes : « Il est interdit à toute personne ne disposant pas de caveau de décéder sur le territoire communal du Lavandou ». Une disposition aussi irréaliste doit évidemment être tenue pour nulle et non avenue.

De manière plus générale on n'attend du législateur, ni qu'il réforme le monde, ni qu'il façonne un homme nouveau, ni qu'il élabore une loi idéale applicable à tous les hommes dans le temps et l'espace. La Révolution jacobine⁴, suivie de plus des 100.000.000 de morts du communisme⁵, sont là pour rappeler le coût humain de telles prétentions. Domat, sans doute le plus éminent juriste du Grand siècle, a souligné les dangers d'une telle vanité⁶. Si des philosophes comme Platon et Thomas More ont pu rêver l'organisation d'une Cité idéale, les hommes politiques doivent composer avec la réalité.

En un mot, le législateur ne doit surtout pas se prendre pour un nouveau Dieu⁷. Il ne doit pas viser sa propre gloire, ainsi que le font certains hommes politiques qui rêvent d'attacher leur nom à une loi⁸. Bien plus, il doit aborder sa tâche dans un esprit de modestie et

¹ **Portalis**, « Discours de présentation du Code civil » : *L'esprit de modération est le véritable esprit du législateur ; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites.*

² **Toulemon**, (Napoléon et les idéologues - Gaz.Pal. 1968 I Doct. 56) : *Les idéologues étaient la bête noire de Napoléon, parce que, pour faire des lois, ils ne voyaient que des abstractions, alors que, lui, voyait les hommes qui devaient leur obéir : le Français moyen, le paysan, le commerçant, pour lesquels il convenait de faire une législation qui s'applique exactement à eux.*

³ **Sertillanges**, « La philosophie des lois » p.48 : *Il y a une nature des choses. La loi en est sujette. Tout l'ordre juridique en dépend. Le juriste ou le législateur ne créent pas plus les lois fondamentales du droit que les chimistes ne créent les lois de la matière. Le chimiste travaille sur du donné, le juriste aussi.*

⁴ **Taine**, « Les origines de la France contemporaine – La Révolution », I-I-III : *Le principe de base du Jacobin est un axiome de géométrie politique formé par la combinaison de quelques idées simples. L'homme en général, les droits de l'homme, le contrat social, la liberté, l'égalité, la raison, la nature, le peuple, les tyrans ; voilà des notions élémentaires : précises ou non, elles lui remplissent le cerveau. Des hommes réels, nul souci : il ne les voit pas ; il n'a pas besoin de les voir ; les yeux clos, il impose son moule à la matière humaine qu'il pétrit... Sans contredit, lorsqu'il s'agit de faire des lois durables, c'est-à-dire d'approprier la machine sociale aux caractères, aux conditions, aux circonstances, un pareil esprit est le plus impuissant et le plus malfaisant de tous ; car, par structure, il est myope ; il ne distingue rien au-delà des idoles creuses de son utopie.*

⁵ **Courtois**, dans « Le livre noir du communisme » (éd. 1997), p.14 : *Nous n'avons retenu que les crimes contre les personnes, qui constituent l'essentiel du phénomène de la terreur... Le total de morts approche la barre des cent millions de mort. [encore tous les conflits engendrés par les partisans du communisme n'ont-ils pas été pris en compte dans cet ouvrage].*

⁶ **Domat**, « Traité des lois », préface : *Il n'y a point de science humaine où la conséquence des égarements soit plus importante qu'en celle des lois.*

Pour donner tout son poids à cette mise en garde, rappelons ce jugement de **Boileau** sur Domat : *Il ne faut pas me mettre en parallèle, moi, un misérable faiseur de satires, avec cet homme admirable, restaurateur de la raison dans le droit.*

⁷ **Décret du 26 août - 6 sept. 1792** (Sirey législatif p.201). Ce texte, qui confère le titre de citoyen français à plusieurs grands personnages, dont Jérémie Bentham, relève d'un orgueil démesuré : *Au moment où une Convention nationale va fixer les destinées de la France, et préparer peut-être celles du genre humain, il appartient à un peuple généreux et libre d'appeler toutes les lumières et de leur déférer le droit de concourir à ce grand acte de raison.*

⁸ **Marc Aurèle**, « Pensées pour moi-même » (IV, XII) a noté que *celui qui détient le pouvoir de faire les lois doit l'exercer dans l'intérêt des hommes, dans un but d'intérêt général, et non pour sa propre gloire.*

d'humilité¹, à la lumière des expériences heureuses et malheureuses faites dans le passé² ; Plaute avait déjà sagement dit : « *Il faut prendre les hommes comme ils sont* » ; le législateur qui veut les rendre tous vertueux se trouve inexorablement conduit à instaurer une dictature implacable³, comme on a pu le voir avec Robespierre sous la Révolution⁴. Les Parlementaires doivent toujours garder présent à l'esprit cet aphorisme de E. Burke : « *De mauvaises lois constituent la pire des tyrannies* ».

Une expérience plus de deux fois millénaire nous a appris que, pour faire œuvre utile, le législateur doit respecter certaines règles de fond (§ 1) et certaines règles techniques (§ 2). Nous allons les évoquer tour à tour, avant de les mettre en œuvre dans les trois parties de l'ouvrage qui sont consacrées, la première aux lois d'incrimination, la deuxième aux lois d'imputation et la troisième aux lois de sanction.

§ 1 LES RÈGLES DE FOND

Nous aurons à examiner, tout d'abord la source des règles fondamentales (A), puis leur formulation (B), et enfin leur autorité en droit positif (C)⁵.

¹ **Robespierre**, dans son rapport du 18 floréal an II, a gravement manqué de modestie lorsqu'il a écrit : *Le peuple français semble avoir devancé de deux mille ans le reste de l'espèce humaine ; on serait tenté de le regarder, au milieu d'elle, comme une espèce différente.*

² **Édit de juin 1663**, relatif aux hôpitaux pour orphelins : *Confirmons les anciennes ordonnances et ajoutons les choses que l'expérience nous a fait connaître nécessaires.*

³ **A. France**, « Les opinions de M. Jérôme Coignard » Introduction : *Si l'on se mêle de conduire les hommes, il ne faut pas perdre de vue qu'ils sont de mauvais singes. À cette condition seulement on est un politique humain et bienveillant. La folie de la Révolution fut de vouloir instituer la vertu sur la terre. Quand on veut rendre les hommes bons et sages, libres, modérés, généreux, on est amené fatalement à vouloir les tuer tous. Robespierre croyait à la vertu : il fit la Terreur.*

⁴ **Taine**, « Les origines de la France contemporaine », (éd. Bouquins) T.II p.52 : *Le modèle idéal est tracé d'avance. Si l'État est omnipotent, c'est pour « régénérer les hommes »... En quoi consiste cette régénération de l'homme ? – Considérez un animal à l'état domestique, le chien ou le cheval. Maigre, battu, lié ou enchaîné, il y en a mille exploités et surmenés contre un qui se prélassait et mourra de gras fondu... Tel est l'homme d'aujourd'hui, une créature défigurée qu'il faut restaurer, une créature inachevée qu'il faut parfaire. Ainsi notre tâche est double : nous avons à démolir et nous avons à construire ; nous dégagerons d'abord l'homme naturel, pour édifier ensuite l'homme social.*

L'entreprise est immense. « Il faut, dit Billaud-Varenes, recréer en quelque sorte le peuple qu'on veut rendre à la liberté, puisqu'il faut détruire d'anciens préjugés, changer d'antiques habitudes, restreindre des besoins superflus, extirper des vices invétérés » - Mais l'entreprise est sublime, car il s'agit de « remplir les vœux de la nature, d'accomplir les destins de l'humanité, de tenir les promesses de la philosophie. – « Nous voulons, dit Robespierre, substituer la morale à l'égoïsme, la probité à l'honneur, les principes aux usages, les devoirs aux bienséances, l'empire de la raison à la tyrannie de la mode, le mépris du vice au mépris du malheur... c'est-à-dire toutes les vertus et tous les miracles de la république, à tous les vices et à tous les ridicules de la monarchie. » Nous ferons cela, tout cela, coûte que coûte. Peu importe la génération vivante : nous travaillons pour les générations futures... « Nous ferons un cimetière de la France, dit Carrier, plutôt que de ne pas la régénérer à notre manière »... Selon le mot de Rousseau, « nous le forçons à être libre »... C'est pourquoi, maintenant qu'il est averti, s'il s'obstine à résister, il devient criminel et digne de tous les châtimens ; car il se déclare rebelle et parjure, ennemi de l'humanité et traître au pacte social (Décret du 20 avril 1794 : La Convention déclare qu'appuyée sur les vertus du peuple français, elle fera triompher la République démocratique, et punira sans pitié ses ennemis).

⁵ **Montesquieu**, « De l'esprit des lois » XII, II : *C'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen.*

La connaissance des règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels intéresse le genre humain plus qu'aucune autre chose qu'il y ait au monde.

A - LA SOURCE PRINCIPALE DE CES RÈGLES : LE DROIT NATUREL

105 - L'IDÉE DE DROIT NATUREL. Si l'on dénie au législateur un pouvoir souverain, absolu et discrétionnaire, on est conduit à admettre qu'il se trouve lui-même soumis à un Droit supérieur impératif¹. Cicéron² a justement fait observer que sous le règne de Tarquin aucune loi romaine n'incriminait l'adultère, mais que ce roi n'en commit pas moins un crime en faisant violence à une femme mariée, Lucrece. On désigne traditionnellement ce corps de règles supérieures sous le nom de droit naturel³.

Son expression la plus célèbre figure dans Sophocle, quand Antigone apostrophe Créon en ces termes : *« Je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre aux lois non écrites, inébranlables des Dieux ! Elles ne datent, celles-là, ni d'aujourd'hui ni d'hier, nul ne sait quand elles sont nées ».*

Pour les théologiens, la loi naturelle a été inscrite par Dieu lui-même dans le cœur de l'homme, avec l'ensemble des lois qui régissent la création. Selon la belle formule de Jean-Paul II, *« la loi naturelle est la vérité du droit »* ; telle est l'opinion de la majorité des philosophes⁴. On a justement observé que les grandes religions comme les plus éminents maîtres⁵ s'entendent pour enseigner les mêmes principes fondamentaux visant à la fois, collectivement, l'intérêt général et, individuellement le respect de la personne humaine⁶.

Pour les juristes⁷, la loi naturelle découle de la nature physique et psychique des êtres humains¹. Du fait qu'ils se trouvent démunis de moyens individuels de défense et d'attaque,

¹ **Leclercq**, « Leçons de droit naturel » (T.I), p.16 n°4 : *Partout où l'on trouve des hommes, on les trouve groupés, et partout la vie commune est soumise à des règles qui correspondent à ce que nous appelons le droit. Chez les peuples sauvages, ces règles se présentent sous forme de traditions orales ayant souvent un caractère religieux ; puis au fur et à mesure que la civilisation se développe, quand apparaît l'écriture et quand la vie sociale devient plus compliquée, les règles de droit se perfectionnent et se fixent par écrit. À la fin de l'Antiquité, l'empire romain les formule de façon si parfaites que le droit romain a été considéré jusqu'à nos jours comme le modèle de la science juridique.*

² **Cicéron**, « Traité des lois » 43-44 : *Si le droit se fondait sur la volonté des peuples, sur les décrets des chefs ou sur les sentences des juges, on pourrait alors avoir le droit de faire le métier de brigand, de commettre l'adultère, de fabriquer de faux testaments, si de tels actes obtenaient l'agrément des votes ou la résolution de la masse. Mais si l'opinion ou la volonté des gens insensés jouit d'un tel pouvoir, pourquoi ne décideraient-ils pas que ce qui est mauvais et nuisible passera désormais pour bon et salutaire ?*

Pour ce qui est de nous, nous ne pouvons distinguer la bonne loi de la mauvaise loi qu'en fonction des lois de la nature.

³ **Cicéron**, « Rhétorique » II 53 : *L'origine première du droit est produite par la nature ; puis certaines dispositions passent en coutumes, la raison les jugeant utiles ; enfin ce que la nature avait établi et que la coutume avait confirmé, la crainte et la sainteté des lois l'ont sanctionné.*

⁴ **Confucius**, « Les quatre livres - L'invariable milieu », n°1 : *La loi que le ciel a mise dans le cœur de l'homme s'appelle la loi naturelle. L'observation de la loi naturelle doit être la règle de nos actions... La loi naturelle a son fondement dans le ciel et est immuable ; elle est tout entière en chacun de nous, et il n'est jamais permis de s'en écarter.*

⁵ **Leclercq**, « Leçons de droit naturel » (Namur 1933), T.I, p. 17 n° 4 : *Quand le droit se différencie des traditions religieuses, il ne s'en sépare pas entièrement. L'idée reste qu'il dépend de principes qui lui sont supérieurs et auxquels il doit être subordonné. Ce principe se retrouve de tout temps dans la conscience populaire.*

⁶ **Staune**, « Notre existence a-t-elle un sens ? » (Paris 2007), p.29 : *Il y a 2.600 à 2.000 ans, de nombreuses doctrines ont été établies, chacune indépendamment des autres, mais répondant toutes à la question : « Comment vivre ? » ... Si elles divergent à propos de nombreuses questions, en général liées au « pourquoi » des choses, elles sont en revanche en accord sur la façon dont l'humanité doit vivre. On peut retrouver les Dix Commandements sous une forme ou une autre dans toutes les écoles de pensée. Aucune n'encourage le vol, le viol, le mépris de l'autre. Toutes affirment que l'amour vaut mieux que la haine, la sincérité que le mensonge, l'altruisme que l'égoïsme etc.*

⁷ **Denisart**, « Collection de Jurisprudence » (Paris 1768) : *Ces lois ne nous imposent un joug apparent, que pour conserver notre liberté réelle.*

les hommes se trouvent contraints de vivre en société² ; on parle d'une loi d'ordre faisant de l'homme un être social³. De même, la nécessité d'assurer sa propre survie autorise l'homme à se défendre contre une agression injuste ; on pense ici à la légitime défense⁴.

Du seul fait de son origine, la loi naturelle se caractérise par une recherche d'équilibre entre les intérêts privés et les intérêts sociaux en présence⁵, donc dans la recherche du Bien commun⁶, au vu des expériences passées⁷ et des circonstances présentes. Mais en pratique elle n'en présente pas moins un aspect individualiste et contestataire, car elle tend moins souvent à protéger l'État contre l'individu qu'à défendre l'individu contre les excès commis par l'État⁸. Cela est vrai qu'il s'agisse d'un national ou d'un étranger⁹.

C'est pourquoi les doctrines favorables à un État tout puissant (international-socialisme ou national-socialisme) nient l'existence d'un droit naturel. Pour elles il n'existe qu'un seul droit : le droit positif, celui résultant des textes qui ont été édictés par le Pouvoir en place¹⁰. Mais les crimes commis au nom de ces doctrines tout au long du XXe siècle, et encore de nos jours de manière sournoise, nous paraissent les avoir radicalement disqualifiées¹¹.

¹ **Cicéron**, « Traité des lois » 17 : *Pour connaître la nature du droit, il faut aller la découvrir dans la nature de l'homme.*

² **Carrara**, « Cours de droit criminel » (Paris 1876) p.2 : *L'état de société est l'état primitif de l'homme ; la loi de sa nature l'y a placé dès le premier instant de la création. C'est ce que montrent les conditions physiques de la race humaine, qui ne lui auraient pas permis de se maintenir, si l'assistance réciproque de l'homme par l'homme n'était continuelle... La nature a révélé par des signes manifestes cette destination de l'homme à une société constante, et non pas précaire et fugitive comme celle des bêtes... p.ex. en lui refusant les moyens de sauvegarde et de défense contre les bêtes féroces.*

³ **Aristote**, « La politique » Introduction : *L'homme est naturellement fait pour la société politique.*

⁴ **Sertillanges**, « La philosophie des lois » p.44 : *On appelle loi naturelle l'ensemble des prescriptions qui se rattachent aux toutes premières exigences de la nature humaine. On dira alors, par exemple, que le respect de la vie d'autrui est de droit naturel premier.*

⁵ **Lactance** (cité par Valensin, « Traité de droit naturel » T.I p.196) : *Il est une loi véritable, la droite raison conforme à la nature inscrite dans tous les cœurs, immuable, éternelle, dont la voix nous trace tous nos devoirs, dont les menaces nous détournent du mal, sans que jamais ses ordres ou des défenses relèvent du mal, sans que jamais ses ordres ou des défenses soient perdues pour les bons et que les méchants s'y trouvent insensibles.*

⁶ **Louis XVI**, « Ordonnance du 28 novembre 1787 » : *Nos sujets non catholiques... tiendront de la loi ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme tous nos autres sujets, des effets civils qui en résultent.*

⁷ **Auboyer**, « La vie quotidienne dans l'Inde ancienne » : *Dans l'Inde ancienne, les lois étaient établies autant par les juristes que par les sages et les penseurs, après avoir fait l'objet d'une observation très attentive de la nature humaine.*

⁸ **Préambule de la Constitution de 1793** : *Le peuple français, convaincu que l'oubli et le mépris des droits naturels de l'homme sont les causes des malheurs du monde, a résolu d'exposer dans une déclaration solennelle ces droits sacrés et inaliénables, afin que tous les citoyens, pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociale, ne se laissent jamais opprimer et avilir par la tyrannie.*

⁹ **Parnell**, « History of the penal laws against the Irish Catholics » (Londres 1825 – 4^e éd.) p. 25 et s. : *Par l'acte du 4 mars 1704, les catholiques irlandais ne pouvaient envoyer leurs enfants s'instruire à l'étranger ni les éduquer à domicile, ils ne pouvaient non plus être les tuteurs de leurs propres enfants ... Tout cela suffit à convaincre ceux qui forment leurs opinions politiques sur les principes de la justice que ces lois n'auraient jamais dû être édictées, et qu'il est du devoir de tout homme d'État d'agir pour obtenir leur abolition. [Anglais lui-même, Parnell fait ici preuve d'un sens de la justice remarquable]*

¹⁰ **Trib.corr. Le Puy-en-Velay** 14 mars 1995 (Gaz.Pal. 1995 II somm. 324) : *Bien évidemment, le droit naturel ne fait pas partie du droit positif français ; ainsi un texte répressif n'a pas à être conforme aux principes du droit naturel, si tant est que ses principes soient déterminables de façon intangible.*

¹¹ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » (Paris 1955) p.VII : *À l'idéologie d'un droit naturel immuable, nous avons substitué l'idéologie d'un droit positif réalisant un incessant progrès social. Elles ne valent*

Au demeurant chacun peut observer que si le droit naturel a été de nombreuses fois combattu par les régimes totalitaires¹, il a toujours survécu à leur idéologie². Chaque renaissance révèle en lui une énergie latente, qui est celle de la vie ; chaque nouvelle résurrection confirme qu'il répond à la nature profonde de l'homme³, et qu'il constitue la plus efficace des armes juridiques contre la tyrannie et contre l'arbitraire⁴. *A contrario* on a pu observer que les prescriptions des pouvoirs publics possèdent d'autant plus d'autorité morale qu'elles se trouvent plus en conformité avec les règles du droit naturel⁵.

Il faut cependant éviter de donner du droit naturel une image idéalisée, très éloignée de la réalité. Énonçant des principes rationnels et moraux, telle la prohibition de l'inceste, le droit naturel constitue moins un corps de textes immédiatement utilisables qu'un phare guidant les pas de l'humanité vers le Bien. Si on l'entend de manière raisonnable, en ne lui demandant que ce qu'il peut apporter, on peut dire qu'il revêt un caractère universel et intemporel⁶. D'autant qu'il ne constitue pas un corps de lois rigide replié sur lui-même⁷, mais bien plutôt un mode de pensée participant aux progrès de la civilisation⁸.

On a reproché au droit naturel d'être difficile à définir du fait qu'il relève, tout à la fois, de la raison et de la morale, et que ces deux notions se situent sur des plans différents⁹.

pas mieux l'une que l'autre. Toutes les idéologies apportent un élément artificiel dans la lutte pour la création du droit.

¹ **Hérodote**, « Histoires » III 31 : *Cambyse devint amoureux de l'une de ses sœurs et il désira l'épouser ; comme ce n'était pas la coutume il convoqua les juges royaux et leur demanda s'il n'existait point de loi permettant à celui qui le désirait de se marier avec sa sœur. Ils répondirent de manière prudente qu'ils ne trouvaient aucune loi qui permettait au frère d'épouser sa sœur, mais qu'ils en connaissaient une autre permettant au roi de Perse de faire ce qu'il voudrait. Cambyse se maria donc à celle qu'il aimait.*

² **Léon Bourgeois** (Prix Nobel de la paix 1920 - Discours) : *On ne peut rien tenter contre les lois naturelles, cela va sans dire ; mais il faut incessamment les étudier et se servir d'elles pour diminuer entre les hommes les chances d'inégalité et d'injustice.*

³ **Le Bon** (Psychologie du socialisme) : *Les lois naturelles fonctionnent avec l'aveugle régularité d'un engrenage. Les ignorer ou les méconnaître ne suffit pas à entraver leurs effets. Qui se heurte à elles est toujours brisé par leur marche.*

⁴ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ? n°857) p.76 : *L'ancienneté et la persistance de la croyance au droit naturel constituent sans doute d'abord un réflexe de défense contre l'arbitraire : les lois ne sont pas la volonté du prince, celui-ci est tenu, s'il veut agir en homme, c'est-à-dire justifier ses démarches, de se soumettre à un donné qui ne dépend pas de lui.*

⁵ **Jolivet**, « Traité de philosophie » (T.IV – Morale) : *L'efficacité des lois sera d'autant plus grande qu'elles s'appuieront davantage sur les mœurs publiques, en vue de les élever.*

⁶ **Marc-Aurèle**, « Pensées pour moi-même » (IV, 4 - VII, 9) : *De même que la partie terrestre de mon être a été prélevée sur la terre, de même l'intelligence vient de quelque part... C'est de là-haut, d'une cité commune, que nous viennent l'intelligence, la raison et la loi... Il n'y a qu'une seule loi, une seule raison commune à tous les êtres intelligents.*

⁷ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ? n°857) p.55 : *Selon une vue très répandue, « le droit naturel » serait une conception rigide, et d'ailleurs arbitraire, appartenant au passé, détrônée à l'époque moderne par l'esprit d'observation et d'autres facteurs encore. À ne constater cependant que la persistance des discussions à ce sujet, et les variations des idées dans le passé, il est permis de douter et de la rigidité et de la disparition alléguées. Rechercher dans l'observation des réalités la justification des règles de conduite, notamment juridiques, paraît répondre à une tendance profonde de l'esprit.*

⁸ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ? n°857) p.75 : *Il y a dans l'idée de loi naturelle l'intuition fondamentale que les règles d'action peuvent prendre appui sur l'observation des réalités, mais moyennant un travail de l'intelligence qui dégage les structures et démêle ce que leur intelligibilité appelle.*

⁹ **Leclecq**, « Leçons de droit naturel », T.I (2^e éd.), p.48 : *Le point de rencontre le plus habituel entre la morale et le droit se trouve dans la morale sociale et le droit naturel. Leur objet se confond presque. Mais leur point de vue reste différent, car le droit naturel est la science juridique qui recherche les principes naturels sur lesquels est fondé ce que certains auteurs appellent le droit sans plus... tandis*

L'opposition ne nous semble qu'apparente : si le droit naturel apparaît rationnel dans sa structure, il apparaît moral dans ses fins¹.

106 - L'ASPECT RATIONNEL DU DROIT NATUREL. Un théologien nous a légué cette belle formule : « *La raison est un ange entre l'Homme et Dieu* ». Plus technique, Hegel enseignait : « *Ce qui est rationnel est réel, et ce qui est réel est rationnel* ».

C'est sa nature physique, c'est sa constitution intellectuelle, c'est sa conscience de la nécessité de coordonner harmonieusement ses relations avec autrui dans le déroulement de la vie sociale², qui poussent l'homme à se forger une législation ordonnée par la raison³. Il sait d'expérience qu'un corps de règles juridiques ne peut recevoir une application durable que si ses dispositions jaillissent du plus profond de la nature humaine, et que si elles ont été rigoureusement agencées entre elles⁴.

Sous ce premier aspect, au lieu de parler de « droit naturel », on pourrait tout aussi bien parler de « droit rationnel »⁵. Mais ce serait oublier que le Droit vise à la fois la justice⁶ et l'équité ; or cette dernière est affaire de sentiment plus que de froide raison⁷.

La conciliation de ces deux notions paraît encore comme un idéal lointain, car l'être humain reste dominé par ses passions plus que par la raison. Shakespeare n'était pas loin de la vérité, lorsqu'il fit dire à Macbeth que le cours de l'humanité apparaît comme « *une histoire contée par un idiot, pleine de bruit et de fureur, et qui n'a aucun sens* ».

107 - L'ASPECT MORAL DU DROIT NATUREL. Le droit naturel ne paraît pas être lié à un moment de l'Histoire de l'humanité. Lorsque l'on survole l'évolution de celle-ci, il semble plutôt constituer l'une de ces forces mystérieuses⁸ qui, non seulement tendent

que la morale sociale est cette partie de la morale qui recherche les devoirs de l'homme en tant que membre de la société.

¹ **Jean-Paul II**, « La splendeur de la vérité » n° 12 et 40 : *La loi naturelle n'est rien d'autre que la lumière de l'intelligence infusée en nous par Dieu.*

² **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » I-II Q. 90 art. 1 : *La loi est une règle d'action... Or ce qui règle et mesure les actes humains, c'est la raison. C'est en effet à la raison qu'il appartient d'ordonner quelque chose en vue d'une fin ; et la fin est le principe premier de l'action comme l'a montré Aristote. Il suit de là que la loi relève de la raison.*

I-II Q. 94 art.2 : *Toutes les inclinations relatives à quelque partie que ce soit de la nature humaine appartiennent à la loi naturelle en tant qu'elles sont réglées par la raison.*

³ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.327 n°133 : *Les règles du droit naturel sont imposées par la nature de l'homme et par les exigences de la raison.*

⁴ **Cicéron**, « Traité des lois » : *La loi, c'est la raison souveraine incluse dans la nature, en tant qu'elle ordonne ce qui doit se faire et proscrit le contraire.*

⁵ **Jestaz**, « Autorité et raison en droit naturel » (in « Arguments d'autorité et arguments de raison en droit », Bruxelles 1998) p.259 : *Lorsqu'un partisan du droit naturel invoque la nature, il parle en réalité de la raison... Si le droit naturel se présente ainsi comme le droit rationnel, son opposition avec le droit positif doit tout de suite être relativisée... Pragmatiquement, rien n'interdit de penser que le droit naturel est une nébuleuse qui a vocation à engendrer un noyau dur de droit positif. Et que par conséquent le droit positif tend à s'enrichir des acquis du droit naturel.*

⁶ **Bautain**, (Philosophie des lois) : *La loi oblige en conscience, mais pour cela il faut qu'elle possède certaines qualités. La première de ces qualités est qu'elle soit honnête, c'est-à-dire conforme ou au moins non contraire à la loi naturelle... Toute loi qui choque la loi naturelle va directement contre la justice, elle est en opposition avec la source même de toute justice ici-bas.*

⁷ **Proal**, « Le crime et la peine » (4^e éd.), p.498/499 : *Les lois devraient être fondées, comme le dit Bossuet, sur la première de toutes les lois, qui est celle de la nature, c'est-à-dire sur la droite raison et l'équité.*

⁸ **Maeterlinck**, « La sagesse et la destinée » XLIII : *Il est étrange que toute notre vie morale soit située ailleurs que dans notre raison. Il n'est pas une vertu, par un acte de bonté, pas une pensée noble, dont presque toutes les racines ne plongent à côté de ce qu'on peut comprendre et expliquer.*

à la conservation et l'évolution de l'espèce humaine¹, mais encore invitent les individus à progresser tant sur le plan spirituel que sur le plan moral².

La loi naturelle tend au perfectionnement de l'être humain pris individuellement³, puisqu'elle insiste sur sa dignité intrinsèque, mais elle invite également au renforcement des liens familiaux⁴, comme des liens sociaux⁵. Tournée vers l'avenir, elle vise semble-t-il à la maturation de l'humanité tout entière⁶.

À ce stade, nous pouvons faire deux observations. D'abord, si l'on établit un pont entre la loi naturelle et la conscience, cette dernière se trouve mieux à même de distinguer entre le Bien et le Mal⁷ ; or le Bien (le vrai, le juste et le beau) tend à faire progresser l'humanité en général⁸, alors que le Mal (le faux, l'inique et le laid) vise à la faire régresser.

Ensuite, les lents progrès de l'humanité devraient nous permettre de dépasser la notion de droit strict, et nous ouvrir à la notion de charité. Le droit naturel ne nous invite-t-il pas dès maintenant à tempérer la sévérité de la loi par la douceur de l'indulgence ? D'où la règle voulant que le doute bénéficie, non à l'accusation, mais à la défense⁹.

Cet aspect moral de la loi naturelle n'est pas souligné par les seuls auteurs catholiques, qui reconnaissent se situer dans la ligne des grandes civilisations qui les ont précédés¹⁰ ;

¹ **M. Villey**, « Philosophie du droit » T.II n°234) : *L'objet central des lois paraît être la morale. On aurait tort d'y voir la marque personnelle de la pensée de Platon ou de Cicéron. Les lois morales constituent le fond de l'ordre de la cité. Leur importance est cardinale, sans comparaison supérieure à celle du droit proprement dit. Aucune communauté n'est viable où l'on tue, vole ou ment.*

² **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV -Morale- (2^e éd.) p.111 n°93 : *La loi naturelle est universelle, car, par son fondement, qui est la nature humaine, et par sa fin, qui est la perfection de cette nature, elle s'étend nécessairement à tout homme et porte sur tout ce qui est essentiel à l'intégrité et à la perfection de cette nature.*

³ **J-M. Aubert**, « Abrégé de la morale catholique » (Paris 1987), p.100, observe que *la loi naturelle s'attache à la nature de l'homme, pas de l'homme envisagé de manière statique, comme situé hors du temps, mais d'un être qui, en raison de sa spiritualité est capable d'évoluer.*

⁴ **Cass.crim.** 1^{er} mai 1867 (S. 1867 I 145 rapport Quénault, conclusions Delangle), pour admettre l'action en diffamation contre la mémoire d'un mort intentée par son fils, s'appuie sur *la solidarité familiale et l'héritage moral d'honneur et de considération que la nature fait passer du père à ses enfants. Cette appréciation est justifiée par la loi première au Digeste, titre de injuriis, qui décide que l'injure faite au défunt réfléchit sur la considération de celui qui continue sa personne. Cette doctrine est profondément vraie, elle est puisée dans les lois immuables de la nature, et l'enfant les méconnaîtrait s'il ne ressentait pas l'injure faite à la personne de son père comme réfléchissant sur lui-même.*

⁵ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » II-I Q. 90 art. 2 : *La loi ne prend sa pleine signification que par son ordre au bien commun.*

⁶ **Spencer**, « Les bases de la morale évolutionniste » (6^e éd.) p.181 : *Chacun de nous a un intérêt particulier à l'existence d'une morale publique, et gagne à ce qu'elle se perfectionne.*

⁷ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » II-I Q. 91 art. 2 : *La lumière de notre raison naturelle nous fait discerner ce qui est bien et ce qui est mal.*

⁸ **Lecomte du Noüy**, « L'homme et sa destinée » III, 3 : *Le rôle que doit jouer la civilisation est double. Elle doit progresser en profondeur et s'étendre au plus grand nombre d'hommes possible pour que se multiplient les chances de progression individuelle en profondeur.*

Cet auteur voit l'évolution de la vie sur la terre *comme orientée par une force directrice lointaine tendant à développer un être doué de conscience, un être spirituellement et moralement parfait.*

⁹ **Cass.crim.** 6 avril 1994 (Gaz.Pal. 21 juillet 1994, Chr.) : *Aux termes de l'art. 359 C.pr.pén., toute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de huit voix au moins. Dès lors que sur la feuille des questions, en face de la question d'excuse de provocation, figure le seul mot « non », la Cour de cassation n'a pas été mise à même d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les dispositions de l'art. 359 précité ont été appliquées. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué encourt la cassation.*

¹⁰ **Delamare**, « Traité de la police » (Paris 1722), I, 1. L'expression « lois de police » doit être traduite par « lois pénales » : *On découvre combien cette Police que nous suivons a de conformités avec les Lois du Droit naturel, qui ont commencé d'être suivies dès le premier âge du monde, et avec celles de ces anciennes républiques qui sont venues dans la suite des temps, et qui nous ont servi de modèles.*

il l'est aussi par les théoriciens bouddhistes et les philosophes confucéens¹, qui enseignent que le progrès moral permet de faire accéder l'homme à un niveau supérieur.

Le premier conseil qui nous semble devoir être donné au Législateur est de faire montre d'humilité, de modération et de prudence, et de ne proclamer une nouvelle règle qu'après mure réflexion². D'autant qu'une loi injuste ne s'impose pas en conscience³.

B - LA FORMULATION DES RÈGLES DU DROIT NATUREL

108 - LA NÉCESSITÉ DE FAIRE CONNAÎTRE CE DROIT. Certains philosophes considèrent que la connaissance de la loi naturelle est donnée à l'homme avec la raison, qu'elle peut être considérée comme innée⁴ et qu'elle n'a pas donc besoin de promulgation. Encore faut-il que cette connaissance soit éveillée et affinée en chacun de nous, notamment par une éducation intellectuelle et spirituelle⁵; en effet, c'est par ce canal que peut se faire entendre clairement cette voix intérieure⁶ que l'on appelle la voix de la conscience⁷.

Du fait de l'imperfection de l'être humain cet enseignement ne suffit toutefois pas, et à nous préserver d'égarements passagers, voire habituels, et à protéger la société⁸. Il demeure nécessaire que l'autorité publique formule le droit naturel dans des termes à la fois clairs et adaptés à la civilisation concernée⁹. Car la loi naturelle doit être adaptée au lieu, à l'époque et au tempérament de la population¹⁰, à son régime politique¹ et à sa doctrine religieuse².

¹ **Foucher**, « La morale de Confucius selon Kong Zi » n° XXIV : *Ne fais à autrui que ce que tu veux qui te soit fait : tu n'as besoin que de celle seule loi ; elle est le fondement et principe de toutes les autres.*

² **Neufbourg**, « De la loi naturelle » (Paris 1862) : *Une bonne législation n'est pas l'œuvre d'un jour, d'une année. Elle demande, pour être telle, non seulement des esprits droits, sages, pénétrants, pleins d'expérience et de probité, mais une connaissance approfondie des hommes et des choses, des intérêts individuels et des besoins sociaux, avec le talent de les faire concorder ensemble sans choquer la justice.*

³ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » I-II, Q.96 art. 4 solution : *En ce qui concerne les lois qui l'opprime injustement l'homme n'est pas obligé de leur obéir, si sa résistance n'entraîne pas de scandale ou d'inconvénient majeur.*

⁴ **Confucius**, « Les quatre livres - L'invariable milieu » n°13 : *La loi naturelle, ou règle de nos actions, est innée en nous.*

⁵ **Pierre et Martin**, « Cours de morale pour l'enseignement primaire supérieur » (Paris 1912), p.14 : *La conscience morale permet à l'homme de distinguer le bien du mal. Par elle, il connaît son devoir et il juge ses propres actes et ceux de ses semblables. On doit et on peut perfectionner sa conscience ; et il est dangereux de la négliger ou de ne se soumettre qu'en partie à ses lois.*

⁶ **Cicéron**, « La République » : *Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres qui nous appelle à remplir notre fonction, nous interdit la fraude et nous en détourne.*

« Les lois » L.I § 6 : *La loi est la raison suprême, gravée dans la nature, qui prescrit ce que l'on doit faire et prohibe ce qui doit être au contraire évité.*

⁷ **Jean-Paul II** « La splendeur de la vérité », § 54 : *Au fond de sa conscience, l'homme découvre la présence d'une loi qu'il ne s'est pas donnée lui-même, mais à laquelle il est tenu d'obéir. Cette voix, qui ne cesse de le presser d'aimer et d'accomplir le bien et d'éviter le mal, résonne au moment opportun dans l'intimité de son cœur : « Fais ceci, évite cela ». Car c'est une loi inscrite par Dieu au cœur de l'homme ; sa dignité est de lui obéir, et c'est elle qui le jugera.*

⁸ **Montaigne** dans ses « Essais » a justement fait cette observation : *Le meurtre des enfants, le meurtre des pères, la communication des femmes, le vol, la licence à toutes sortes de voluptés, il n'est rien en somme de si extrême qui ne se trouve reçu par l'usage de quelque nation. Il est à croire qu'il y a des lois naturelles, comme il s'en voit pour les autres créatures. Mais en nous elles sont perdues.*

⁹ **Confucius**, « Les quatre livres - L'invariable milieu » n°13 : *La loi naturelle qui règle les actions est proche de l'homme. Si quelqu'un édictait une règle qui fût loin de l'homme, elle ne pourrait être considérée comme une règle de conduite.*

¹⁰ **Aristote**, « Politique » II : *Le législateur, en établissant ses lois, ne doit pas perdre de vue deux choses : le territoire et les hommes.*

Étudié sur une longue période, il semble que le droit naturel tende à s'affiner et à progresser dans la législation en vigueur. Mais on ne doit pas se cacher que des régressions sont déjà survenues et qu'il en surviendra encore. Au lendemain des invasions barbares, qui mirent fin à l'Empire romain, il devint nécessaire de mitiger la loi afin de la rendre accessible aux justiciables et aux juges de l'époque³. Du point de vue qui est le nôtre, il est instructif de relever l'importance du droit naturel dans le droit criminel⁴.

109 - SA FORMULATION DANS DES DOCUMENTS RELIGIEUX. Dès que les premières civilisations commencèrent à se développer, il apparut aux dirigeants que le droit naturel gagne en autorité quand il est présenté aux hommes comme émanant de la divinité elle-même⁵, et comme édictant la loi suprême selon laquelle ils seront jugés pour l'éternité au jour de leur mort (quand leur sera posée la question : « Qu'as-tu fait de ta vie ? »). Il en fut ainsi en Mésopotamie, sous l'Égypte pharaonique ou dans l'Inde Bouddhique⁶.

Le Décalogue nous fournit un exemple très net⁷. Confirmé et affiné par le Christ dans son « Sermon sur la montagne », il a pendant deux millénaires constitué la base des lois applicables en Europe. Il en est encore ainsi de nos jours, puisque le Catéchisme de l'Église catholique invite expressément ses fidèles à observer les préceptes du droit naturel⁸.

Il est révélateur que, lorsqu'il n'est pas aveuglé par une idéologie matérialiste, le pouvoir temporel se réjouit de cette contribution : la valeur pédagogique et moralisatrice de l'enseignement religieux ne peut en effet que l'aider dans sa lutte contre la délinquance.

110 - SA FORMULATION EN DROIT COUTUMIER. Afin de préserver ses capacités d'adaptation, le droit naturel s'exprime par des principes généraux, énoncés sous forme de maximes, plutôt que par des règles techniques précises. Pour le faire pénétrer dans le droit

¹ **Montesquieu.** Titre complet de son ouvrage majeur : *De l'esprit des lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce etc.*

² **Jolivet,** « Traité de philosophie » T.IV -Morale- (2^e éd.) p.118 n°99 : *La nature est immuable dans son essence abstraite, en fonction de laquelle se définissent les préceptes primaires du droit naturel. Mais elle est changeante et diverse dans ses formes concrètes, historiques et individuelles. C'est pourquoi le droit naturel devra, dans ses applications, se diversifier constamment, non pas pour altérer sa substance, qui ne peut changer, mais au contraire pour assurer sa permanence essentielle. C'est ainsi que les variations dans la façon d'apprécier la moralité du prêt à intérêt s'expliquent comme autant d'adaptations aux circonstances concrètes de la vie économique et sociale, en vue de sauvegarder les exigences essentielles de la justice. Le droit varie pour assurer la permanence du droit.*

³ **Bréviaire d'Alaric,** dans son préambule : *Avec l'aide de Dieu, nous avons fait en sorte que toutes les obscurités des lois romaines et du droit antique soient dissipées, et qu'une plus grande clarté s'y répande, afin que rien ne demeure ambigu, et ne soit pour les plaideurs un sujet de longues controverses.*

⁴ **Guizot,** « Histoire de la civilisation en France » (9^e leçon) : *Quand on regarde le contenu de la Loi salique, on s'aperçoit que c'est essentiellement une loi pénale, que le droit criminel y tient la première place, presque toute la place.*

⁵ **Jhering,** « L'esprit du droit romain », T.I p.266 n°21 : *Partout où le droit apparaît pour la première fois dans l'histoire, il est en relation avec une autre puissance qui, en lui imprimant le sceau d'une consécration plus auguste, le place dans un éloignement qui engendre le respect... Les commandements du droit sont érigés en commandements de Dieu. Ni l'intention, ni le calcul, ni une fraude pieuse n'en sont la cause ; mais bien le sentiment de la nature morale du droit.*

⁶ **Catéchisme bouddhique :** 1°/ Ne pas tuer un être vivant, 2°/ Ne pas voler, 3°/ Ne pas toucher la femme d'un autre, 4°/ Ne pas dire de qui n'est pas la vérité, 5°/ Ne pas boire de liqueur enivrante.

⁷ **Exode 20 :** 1°/ Tu ne tueras pas, 2°/ Tu ne commettras pas d'adultère, 3°/ Tu ne porteras pas de témoignage mensonger contre ton prochain, 4°/ Tu ne convoiteras pas la femme de ton prochain, 5°/ Tu ne convoiteras pas le bien de ton prochain.

⁸ **Catéchisme de l'Église catholique,** § 52 : *Les préceptes négatifs de la loi naturelle sont universellement valables : ils obligent tous et chacun, toujours et en toutes circonstances.*

positif¹, les praticiens sont donc conduits à déduire de ses principes quelques corollaires, généralement coulés dans des formules lapidaires inspirées du droit romain².

Leur importance est telle que l'on a pu parler d'un droit public coutumier français, possédant une valeur supérieure à la loi ordinaire. Il en est ainsi de l'adage *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (nulle infraction, nulle sanction, en l'absence de loi) : la disposition qui édicterait une incrimination ou une peine réprimant des actes passés heurterait l'une des bases de notre civilisation et ne lierait donc pas les tribunaux³. De même, admet-on depuis l'Ancien droit français, le droit de défense s'impose et au législateur et aux juges⁴ ; ainsi la Cour de cassation⁵ a jugé que le principe accordant au prévenu le temps de préparer son dossier doit éventuellement s'imposer en dépit des termes maladroits de la loi⁶.

L'établissement d'une liste des adages⁷ concernant le droit criminel qui découlent du droit naturel nous ferait perdre le fil de nos développements (nous avons relevé les principaux dans notre « Dictionnaire de droit criminel » diffusé sur Internet), aussi nous bornerons-nous à proposer quelques exemples. Certains énoncent des règles d'humanité : *non bis in idem*⁸, qui interdit de poursuivre une personne pour des faits sur lesquels elle a déjà été jugée⁹ ; *actori incumbit probatio*, qui fait peser la charge de la preuve sur

¹ **Ganshof Van der Meersch**, « Le droit de la défense, principe général du droit » (Mélanges Dabin, T.II, p.569), p.587 : *Le juge, quand il assure le respect des principes généraux, en constate et en affirme l'existence. Ils ne sont créés ni par le législateur ni par la jurisprudence. Ils se forment en dehors d'eux, mais une fois formés, ils s'imposent au juge, qui en déterminera les modalités d'application. Ils ont force législative et le juge est tenu d'en assurer le respect.*

² **Feddal**, (La coutume : fait moral et source du droit - Gaz.Pal. 1997 I Doct.229) : *La force obligatoire de la coutume réside dans un accord tacite du milieu social au sein duquel l'usage a pris naissance... Elle est un fait moral de première grandeur qui a son existence propre.*

³ **Garraud**, « Traité de droit pénal » (3^e éd.), T.I, p.316 n°152 : *Le principe de la légalité des délits et des peines s'impose au respect du législateur qui le violerait, soit hypocritement en qualifiant de loi interprétative une disposition nouvelle, soit brutalement en donnant un effet rétroactif à une loi plus sévère, et commettrait ainsi un attentat contre le droit public coutumier français, droit supérieur à la loi elle-même, et auquel il ne peut être porté atteinte.*

En admettant que le législateur ait outrepassé son pouvoir, le rôle du juge répressif, sans qu'il y ait lieu d'examiner la constitutionnalité de la loi, serait de refuser son concours à l'application d'une mesure qui n'aurait de loi que l'apparence, et qui serait un coup de force et un acte d'abominable tyrannie.

⁴ **Jousse**, « Traité de la justice criminelle » (Paris 1771), T.I, p.613 : *Les défenses et exceptions sont de droit naturel. Ainsi on ne peut priver un accusé de ce droit.*

⁵ **Boré**, « La cassation en matière pénale » (éd. 1985) p.707 n° 2360 : *Les principes généraux du droit peuvent être considérés comme impératifs dans la mesure où, par une fiction plus ou moins poussée selon les cas, la Chambre criminelle les tient pour déduits de la loi et s'en sert pour interpréter une disposition particulière de la loi et en étendre le domaine.*

⁶ **Cass.crim.** 9 juillet 1975 (Bull.crim. n°185 p.506). À propos de l'art. 198 C.pr.pén. qui indiquait : *Les parties et leur conseil sont admis jusqu'au jour de l'audience à produire des mémoires.* Pour déclarer irrecevable le mémoire déposé par la partie civile le jour de l'audience, la Cour énonce : *Cette disposition doit être interprétée en ce sens que, pour être recevable, les mémoires produits par les parties doivent être déposés au greffe de la Chambre d'accusation au plus tard la veille de l'audience.*

⁷ **Perreau**, « Technique de la jurisprudence en droit privé » T.I p.152 en a choisi des exemples et établi un catalogue, dont voici un extrait : *On admet communément la survie des maximes d'interprétation guidant les juristes, qu'il n'était pas indispensable d'inscrire dans les codes et qui valent comme principes rationnels. Telles sont : posteriores leges ad priores pertinent ; specialia generalibus derogant, exceptio est strictissimae interpretationis ; poenalia sunt restringenda ; cessante ratione legis, cessat ejus dispositio, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus ; ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio...*

⁸ **Morin**, « Répertoire de droit criminel », v° Non bis in idem : *Cette maxime a toute la force d'une règle de droit.*

⁹ **Faustin Hélie**, « Traité de l'instruction criminelle » (2^e éd.) T.II, p.561 n° 978 : *L'accusé qui a été légalement jugé, ne peut être poursuivi de nouveau à raison de la même accusation. Cette règle, qui se*

l'accusation (procureur de la République ou partie civile)¹ ; *in dubio pro reo*, qui invite le juge à faire bénéficier l'accusé du doute subsistant à l'issue des débats² ; *pœnalia sunt restringenda*, qui impose d'interpréter restrictivement les sanctions pénales³. D'autres consacrent des règles de moralité : *fraus omnia corrumpit*, qui déclare nul et de nul effet tout acte accompli frauduleusement⁴ ; *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qui interdit à une partie de se prévaloir d'un acte vil accompli par elle⁵. Les Institutes de Justinien énonçaient : « *Les premières règles du droit sont de vivre honnêtement, de ne pas nuire à autrui et de donner à chacun ce qui lui revient* ».

111 - SA FORMULATION PAR DES DÉCLARATIONS SOLENNELLES. À la fin du XVIII^e siècle, certains théoriciens ont décidé de trancher le lien traditionnel existant entre loi divine et loi naturelle et de donner une base autonome à la loi humaine. D'où des Déclarations de droits, dont la plus connue est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui affirme l'existence de droits fondamentaux, telle la liberté politique⁶. Le genre prospère depuis la dernière guerre : Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948⁷ ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 19 décembre 1966 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice à la fin de l'an 2000⁸.

Ces conventions possèdent assurément d'indéniables qualités. En premier lieu, leur solennité confère un lustre nouveau à des valeurs quelque peu oubliées ou négligées. En second lieu, leur formulation juridique facilite leur application par les tribunaux. En troisième lieu, l'existence d'accords internationaux autorise la mise en place

traduit dans la langue du droit pas la maxime « non bis in idem », a traversé les siècles, appuyée sur la rigide équité qui la fonde et l'intérêt public qui s'y attache.

¹ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.II (4^e éd. 1979) p.154n°123 : *Le problème du fardeau de la preuve est gouverné, en droit français, par des principes généraux dont on chercherait en vain l'expression dans le Code de procédure pénale. Tout d'abord c'est au demandeur au procès pénal, ministère public et partie civile, qu'il incombe d'établir le corps du délit et la participation de la personne poursuivie à la commission des faits reprochés.*

² **Larguier et Conte**, « Procédure pénale » (23^e éd.), p.431 : *En cas d'insuffisance de preuve, le doute profite à l'accusé ou au prévenu (in dubio pro reo).*

³ **Puech**, « Droit pénal général » p.106 n° 294 : *Le doute doit profiter au prévenu aussi bien dans l'interprétation des textes que dans l'appréciation des faits.*

⁴ **Cass.com.** 1^{er} juin 1999 (D. 2001 somm. 472) : *Doivent être annulées en vertu de l'adage fraus omnia corrumpit des marques qui sont déposées dans une intention de nuire, par exemple celles qui tendent à empêcher des concurrents du titulaire de la marque de diffuser un produit sur le marché français.*

⁵ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.II (4^e éd.) p.116 n°93 : *L'adage nemo auditur interdit à une personne d'obtenir réparation d'un dommage né d'une situation immorale ou illicite à laquelle elle s'est volontairement associée ou qu'elle a intentionnellement fait naître.*

⁶ **Déclaration des droits de l'homme de 1789**, art. 2 : *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.*

⁷ **Déclaration universelle des droits de l'homme.** Préambule : *La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.*

⁸ **Charte européenne du 18 décembre 2000.** Préambule : *Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes.*

Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice.

d'un contrôle supranational de l'action des législateurs nationaux. Tel est le rôle qui a été confié à la Cour européenne des droits de l'homme¹.

Mais l'évolution actuelle de sa jurisprudence engendre quelques inquiétudes. D'abord, la recherche d'une formulation toujours plus précise des principes fondamentaux et de leurs limites a pour conséquence de figer le droit naturel, de lui faire perdre sa fluidité, et d'affaiblir sa faculté d'adaptation aux variations de la vie sociale.

Mais surtout, du moment où le droit naturel tend à se diluer dans le droit positif, il perd de son autonomie et subit l'un de ces reflux qui jalonnent son histoire. Or, que peut-on constater de nos jours ? Si les premières Déclarations de droits s'inspiraient des principes fondamentaux du droit naturel, les textes législatifs et les arrêts des juridictions suprêmes s'en éloignent peu à peu, s'orientant vers un droit américain qui a été forgé pour le plus grand profit des avocats, plutôt que pour assurer aux victimes la justice rapide et équitable qu'elles attendent. Par ailleurs, les attributs essentiels de la personne humaine tendent à perdre de leur caractère intangible et de leur valeur absolue, au profit de « droits matériels » centrés sur le confort, le plaisir et les loisirs, en quête d'un imaginaire bonheur terrestre. Les récentes Conventions internationales et les arrêts de la Cour européenne semblent paradoxalement marquer un déclin de notre civilisation.

On pourrait craindre que, ainsi dévoyé, le droit naturel ne finisse par perdre son âme. Heureusement, on sait par expérience qu'il s'enrichit des violences qui lui sont faites.

C - L'AUTORITÉ DES RÈGLES FONDAMENTALES ET LE LÉGISLATEUR

112 - DISTINCTION DE LA LÉGALITÉ ET DE LA LÉGITIMITÉ. *Il est plus facile de légaliser certaines choses que de les légitimer* écrit un jour Chamfort. Pour percevoir l'exactitude de cette remarque, il faut se souvenir qu'un acte est légal lorsqu'il est autorisé par le droit positif, et légitime² lorsqu'il est conforme au droit naturel³. Si ordinairement un texte est à la fois légal et légitime, et s'impose à tous sans réserves⁴ (telle l'incrimination du meurtre) ; il n'en va pas toujours ainsi⁵ : parfois il est légal et illégitime (on pense ici à l'avortement pour convenance personnelle)⁶, parfois il est illégal et légitime (on pense ici à Antigone bravant Créon dans le but de donner une sépulture à son frère Polynice).

Il est parfois arrivé qu'une loi enfreigne les commandements de la loi naturelle⁷. Tel fut le cas lorsque la Convention ordonna à ses généraux d'exterminer ses ennemis¹ ;

¹ **Sudre et autres**, « Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme » (5^e éd.), p.2 : *L'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme est déterminante dans l'élaboration du droit du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.*

² **Dictionnaire Larousse des synonymes** : *Légitime s'applique à ce qui est conforme au droit et à l'équité, légal à ce qui est conforme aux prescriptions de la loi écrite.*

³ **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » (2^e éd.) v° *Légalité/légitimité* : *Une prescription juridique est réputée légale lorsqu'elle a été adoptée par l'autorité compétente dans le respect des formes constitutionnelles... La légitimité désigne en premier lieu la conformité à la valeur morale.*

⁴ **Gousset**, « Théologie morale » (11^e éd.), T.I p.60 n°152 : *Les lois qui sont tout à la fois préceptives et pénales obligent en conscience et ne peuvent être violées sans péché.*

⁵ **Pothier**, « Pandectes » : *Ce qui est permis n'est pas toujours honnête... Il n'y a point de loi qui puisse valider ce qui est défendu par la nature.*

⁶ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.34 n°55 : *Pour qu'une loi humaine soit juste ou licite, il faut que les actes commandés soient honnêtes, moralement possibles, utiles, extérieurs et futurs.*

⁷ **Garçon**, dans son « Code pénal annoté » (art. 328 n°19) observe que des législations relatives à la légitime défense *restreignent ce droit d'intervention au cas où l'attaque est dirigée contre un proche parent*. Une telle disposition ne pourrait obliger un juge à condamner pour meurtre celui qui aurait sauvé la vie d'un enfant menacé par un malfaiteur.

quoique son injonction revêtît un caractère légal en la forme, elle n'en était pas moins illégitime quant au fond². L'officier qui aurait refusé d'obéir à un tel ordre se serait conformé au droit naturel, mais au péril de sa propre vie. Ce conflit entre la loi positive et la loi naturelle constitue l'hypothèse type du cas de conscience³.

La légitimité de la loi au regard du droit naturel constitue donc une limite aux pouvoirs du législateur. C'est pourquoi Cicéron dénia le nom de loi à la « lex Valeria » qui autorisait Sylla à frapper ses adversaires de proscription⁴. Olivier de Leuville objecta à François 1^{er} : « *Vous ne ferez jamais qu'un acte inique devienne juste en lui donnant le titre de loi* ». Le Pape Jean-Paul II agit de même quand il condamna les textes limitant le droit à la vie⁵.

Lorsque le Parlement s'écarte des principes fondamentaux enseignés par la loi naturelle, il méconnaît le caractère pédagogique de la loi. Quand il dépénalise une action immorale, il semble dire qu'elle n'est en définitive pas si grave qu'on le pouvait le penser jusqu'alors ; malheureusement, quelques citoyens sont tentés de croire que ce qui n'est pas prohibé par la loi pénale est légitime et peut donc être accompli en toute tranquillité d'esprit. Tel fut le cas après la loi autorisant l'avortement⁶ ; du jour où la vie ne fut plus été considérée comme sacrée par le législateur, on a pu constater une augmentation des actes de violence.

a) Les conditions de légitimité de la loi

113 - LES DEUX INTÉRÊTS EN PRÉSENCE. Mozart avait coutume de dire que « *Le musicien doit se rapprocher de plus en plus de la nature* » ; il avait sans nul doute raison puisque ses symphonies et concertos semblent être appréciés de manière universelle. De même, puisqu'elle est destinée à des Personnes qui vivent en Société, la loi pénale doit prendre en compte ces deux éléments : elle doit, d'une part assurer la protection de la Société, d'autre part assurer la protection des Personnes qui la composent.

Dans quel ordre ces deux conditions doivent-elles être prises en compte ? Les idéologies extrêmes donnent à cette question une réponse opposée : les socialistes partent logiquement du dogme de la primauté de Société, tandis que les anarchistes défendent farouchement l'idée d'autonomie de la Personne. La sagesse invite à chercher un juste milieu entre ces deux positions qui n'ont apporté que des mécomptes au fil de l'Histoire.

Puisque l'être humain ne saurait vivre, ni même survivre, qu'en société, force est d'admettre que législateur doit veiller en priorité à assurer la défense de celle-ci et à la faire prospérer. Ce principe était admis par les philosophes de la Grèce antique⁷ ; il l'était sous

¹ **Convention nationale**, décret du 7 prairial an II (Moniteur du 10 prairial p.587) : *La Convention nationale, après avoir entendu le rapport du Comité de salut public, décrète :*
Art. 1^{er} - *Il ne sera fait aucun prisonnier anglais ou hanovrien.*

Art. 2 - *Le présent décret sera envoyé sans délai aux représentants du peuple près les armées.*

² **Gousset**, « Théologie morale » (11^e éd.), T.I, p.46 n°109 : *Une loi injuste n'est pas une loi ; c'est un abus de pouvoir, une tyrannie. Les lois humaines qui ne s'accordent point avec la loi naturelle ne sont pas de vraies lois.*

³ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » II-II, Quest.60, a.5, sol.1 : *Si la loi écrite contient quelque prescription contraire au droit naturel, elle est injuste et ne peut obliger.*

⁴ **Cicéron**, « Traité des lois » 42 : *Ne constitue pas une loi... la disposition qui donne à un dictateur le pouvoir de tuer nominativement et sans procès qui il voudra parmi les citoyens.*

⁵ **Encyclique Evangelium vitae** du 25 juillet 1995, n°72 : *Lorsqu'une loi civile légalise l'avortement ou l'euthanasie, de ce fait même elle cesse d'être une vraie loi civile qui oblige moralement.*

⁶ **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » 2^e éd. v° Avortement : *La loi Veil de 1975 a entraîné des effets pervers : conçue pour enrayer le fléau des avortements clandestins, elle est interprétée aujourd'hui, non comme une simple dépénalisation, mais comme une démoralisation.*

⁷ **Platon**, « Les lois » : *L'Athénien* - « *Nous ne considérons pas comme de véritables lois celles qui ne furent pas fondées pour le bien commun de l'État tout entier* ».

l'Ancien régime, il est encore affirmé par l'Église catholique¹ et ses théologiens². Mais il est alors du devoir pour l'État de se fixer pour but d'assurer le Bien commun.

Depuis la Révolution ses prosélytes rejettent la notion de Bien commun, au motif qu'elle s'appuie sur une morale de source catholique³. Ils lui préfèrent la notion d'intérêt général lequel est déterminé par l'État qui se trouve ainsi affranchi de toute contrainte morale. Pourtant les conséquences de cette doctrine ne laissent pas d'inquiéter : ne se trouvant plus soumis à une norme supérieure, les dirigeants politiques se considèrent libres de définir l'intérêt général en fonction de leurs convictions ou de leur intérêt personnel⁴ ; tel fut le point de départ des systèmes totalitaires (national-socialistes ou international-socialistes) qui ont endeuillé le XX^e siècle⁵. On n'a pas assez souligné que le fait, pour un parti majoritaire, de définir sa propre éthique, constitue une violation du principe de la séparation des pouvoirs temporel et spirituel, et abolit un obstacle majeur à l'instauration d'une dictature.

Cette douloureuse expérience invite à fixer pour but aux lois pénales la recherche du bien commun de la Nation et des Personnes. Le droit positif français s'en tient néanmoins à la doctrine étatiste⁶, au motif que la loi serait l'expression de la volonté générale puisqu'elle est votée par des parlementaires élus ; on sait pourtant qu'il s'agit là d'une pure fiction,

¹ **Catéchisme de l'Église catholique**, § 1951 : *La loi est une règle de conduite édictée par l'autorité compétente en vue du bien commun... L'ordination de la raison, voilà ce qu'on appelle la loi.*

² **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » (2^e éd.) v^o Bien commun : *Le bien commun politique comporte trois éléments essentiels : Le bien commun passe, en premier lieu, par le respect de la personne humaine en tant que telle... En second lieu, le bien commun implique le perfectionnement du groupe lui-même... Enfin, un groupe sans avenir se désagrège. Le bien commun suppose donc que l'autorité assure, par des moyens honnêtes, la sécurité de chacun de ses membres. Il légitime la défense de la société. Un groupe qui ne se sentirait plus défendu perdrait confiance en son avenir.*

³ **Conseil d'État**, « Réflexions sur l'intérêt général » (rapport de 1999) : *Ce n'est qu'au XVIII^e siècle que l'idée d'intérêt général a progressivement supplanté la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses, qui jusque-là constituait la fin ultime de la vie sociale.*

⁴ **Conseil d'État**, « Réflexions sur l'intérêt général » (rapport de 1999) : *Depuis lors, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent.*

L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État.

L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par delà leurs intérêts particuliers...

Nul doute que la tradition française [depuis la Révolution] a clairement pris le parti de promouvoir un intérêt général qui aille au-delà d'un simple arbitrage entre intérêts particuliers. Elle s'inscrit, sans conteste, dans la filiation volontariste de l'intérêt général.

⁵ **J.-M. Varaut** (La Révolution contre les droits de l'homme – Légiste 1990) : *Sous le nom générique de Révolution ont été institués les prototypes et les archétypes de toute terreur révolutionnaire et de despotisme totalitaire... La Révolution jacobine a bafoué tous les principes déclarés en 1789. Sa nature et sa pratique sont les mêmes que l'oppression sanglante nazie, stalinienne et maoïste. C'est la même idéologie de la table rase et de l'homme nouveau.*

⁶ **Conseil d'État**, « Réflexions sur l'intérêt général » (rapport de 1999) : *La conception volontariste de la démocratie a profondément marqué l'ensemble de notre système juridique et institutionnel. En vertu des principes qu'elle a inspirés, il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'État... gèrent les services publics.*

par suite du fossé qui s'est creusé entre la classe politique et le simple peuple¹. Et l'on sait que l'un des traits caractéristiques du droit criminel consiste dans le rejet de toute fiction.

114 - LA LOI PÉNALE DOIT TENDRE AU BIEN COMMUN. Dans une démocratie libérale, le législateur doit s'en tenir à l'idée protectrice de recherche du Bien commun². Il doit s'efforcer d'édicter des textes qui, dans le strict respect de la personne humaine³, assureront la justice sociale⁴, la prospérité présente et les progrès futurs de la Nation⁵. Pour atteindre ce but, chaque membre du corps législatif devrait avoir des connaissances sociales, historiques et juridiques lui permettant de prévoir les suites des textes étudiés⁶; la compétence n'entre hélas pas dans les conditions posées pour présenter sa candidature.

Il est généralement admis que la loi⁷ peut, d'une part ordonner tout acte évidemment nécessaire au Bien commun⁸, d'autre part interdire tout acte manifestement dangereux pour ce même Bien commun⁹. Surtout lorsqu'elle est renforcée par une disposition répressive, la loi ne saurait revêtir un simple caractère d'opportunité personnelle¹⁰, idéologique ou

¹ **M.Urvo**y (Éditorial de « Ouest-France », 7 octobre 2016) : *Les français ne font plus confiance aux institutions, ni aux hommes qui les incarnent... Deux signaux nous alertent depuis longtemps sur cette fatigue démocratique. D'un côté, l'abstention progresse dangereusement... Aux législatives de 2012, le Parti Socialiste a obtenu une majorité absolue avec 9,4 millions de voix, sur 51 millions de Français majeurs. Une sur cinq ! Et les députés, toutes tendances confondues, sont aux trois-quarts des hommes issus de la fonction publique. D'un autre côté, des impatiences s'expriment, des violences se font jour, les réseaux sociaux pétitionnent contre tout et son contraire.*

² **Valensin**, « Traité de droit naturel » T.I, p.183 : *La loi ne peut être imposée qu'en vue du bien commun, qui est proprement et essentiellement sa fin, c'est-à-dire qu'elle vise l'avantage de la communauté... Une loi qui ne serait pas pour le bien commun ne serait pas une loi mais une tyrannie.*

³ **Préambule de la Constitution du 24 juin 1793**, Art. 1 : *Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles.*

⁴ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.237 n° 452 : *Tout membre du corps législatif, puisqu'il est chargé du Bien Commun, a la stricte obligation de s'employer avant tout à organiser et à maintenir l'ordre et la prospérité légitime de la cité.*

⁵ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ? n°857) p.125 et 112 : *La société poursuit par le droit une fin qui lui est à la fois intrinsèque (son existence) et extrinsèque (le bien des personnes qui la constituent dans la mesure où elle peut le procurer).*

Si le droit est posé au nom de la société, et doit d'abord, de ce fait, servir à la vie sociale, on ne peut omettre que, dans la conception la plus répandue, la vie sociale n'est pas un but en soi, la personne est une valeur plus haute et doit trouver son épanouissement dans la vie en société. Si la société effectue des réalisations avantageuses à un nombre plus ou moins grand de citoyens, mais au prix de l'oppression des autres, il ne s'agit plus d'un bien commun, la société n'est plus celle de tous.

⁶ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.238 n° 452 : *Pour pouvoir assumer en sûreté de conscience la fonction de législateur, tout candidat devra avoir les connaissances suffisantes pour être à même de prendre les initiatives nécessaires, ou au moins de porter sur les projets soumis à son approbation un vote éclairé et bienfaisant.*

⁷ **Bautain**, « Philosophie des lois » (Paris 1860) p.344 : *Quelle est la fin de la loi civile ? C'est le bien public ; par conséquent il n'y a de justice dans la loi que si elle cherche et réalise en quelque chose l'intérêt général. Quand elle tend à satisfaire un intérêt particulier au détriment de l'intérêt commun, la loi est faussée, elle prévarique, elle ne va plus à son but. C'est le malheur des lois faites dans les temps de révolution par les factions ou les partis ; elles ont pour fin de satisfaire des passions.*

⁸ **Jolivet**, « Traité de philosophie – Morale » (2^e éd.) p.123-124 n°103 : *Les lois positives doivent être utiles au bien commun. En principe elles peuvent prescrire tous les actes nécessaires ou vraiment utiles au bien public, qui est leur fin.*

⁹ **E. Villey**, « Cours de droit criminel » (éd. 1880) : *Le pouvoir social ne peut poser que des commandements et des prohibitions nécessaires au maintien de l'ordre social et à l'existence de la société ; car c'est la nécessité seule qui légitime les restrictions apportées à la liberté naturelle de l'homme.*

¹⁰ **Pothier**, « Traité du contrat de mariage » (éd. 1821) p.121 : *L'Empereur Claude, afin de satisfaire la passion qu'il avait pour Agrippine, fille de son frère Germanicus, qu'il voulait épouser, fit porter une loi par le Sénat, qui permettait aux oncles d'épouser les filles de leur frère : mais Suétone remarque que*

politique¹. Une disposition répressive qui limite la liberté de circulation, en instituant un stationnement payant destiné à renflouer les finances locales², ne saurait être considérée comme une disposition pénale légitime³.

La loi pénale doit en tout premier lieu assurer la pérennité de la Nation⁴, notamment par l'incrimination des divers actes nuisibles à sa souveraineté⁵, tels les actes de trahison ou d'espionnage. À l'inverse, quand le recours au référendum est prévu par la Constitution, les élus n'ont pas compétence pour sacrifier, sur l'autel de leurs conceptions politiques, la Nation qu'ils représentent⁶. Notamment, certains des textes édictés sous l'occupation allemande⁷, puis à la fin du siècle dernier, pouvaient se voir discuter le titre de loi.

Outre la sécurité extérieure, le législateur doit assurer la sécurité intérieure⁸, donc s'efforcer de faire régner la paix et l'harmonie dans la population⁹. Apparaissent ainsi parfaitement légitimes les lois qui incriminent, soit l'association de malfaiteurs, soit le port d'arme, soit le fait de provoquer une émeute. À l'inverse, le Code pénal ne doit devenir,

cette loi, en permettant ces mariages qui avaient toujours été regardés comme incestueux, ne changea pas sur cela les idées des romains, et que l'exemple de l'Empereur n'eut pas d'imitateur.

¹ **Diogène Laërce**, « Épicure » : *Un fait érigé en loi, dont il ne résulte pas un avantage pour la communauté, ne possède par la nature du juste.*

² **Pufendorf**, « Le droit de la nature » VIII, III, § IV : *Les lois ne doivent jamais être purement pénales, c'est-à-dire, faites uniquement en vue de tirer de l'argent de ceux qui agiront contre leurs défenses.*

³ **Cass.crim.** 23 juillet 1927 (Gaz.Pal. 1927 II 884) a jugé que l'application d'une taxe de stationnement fixée dans un but purement fiscal donne naissance à *une action civile qui aurait dû être portée devant la juridiction civile.*

⁴ **Vitu**, *Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation* (Juris-classeur pénal art.410-1), écrit en 1996 : *Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation peuvent être définies comme l'ensemble des crimes et des délits qui ont pour but ou pour effet de mettre en danger l'existence du pays, son indépendance, sa cohésion, sa grandeur ou d'en bouleverser les structures constitutionnelles par la force... Il a toujours paru indispensable de prévoir et d'exercer en ce domaine une répression rigoureuse en raison de la menace qui pèse sur l'État et sur l'ordre social.*

⁵ **Hamon**, « La souveraineté nationale, la Constitution et les négociations européennes en cours » (D. 1991 Chr.301) : *La souveraineté nationale, au même titre que les droits de l'homme, est au fondement de nos institutions, sans que, de toute évidence, les « représentants » qui l'exercent au nom du peuple qui les a élus, puissent la restreindre ou l'aliéner.*

⁶ **Waline**, « L'individualisme et le droit » (Paris 1945), p.406 : *Supposons une loi qui tendrait à la destruction même de l'État au nom duquel ses auteurs prétendraient commander, une loi, par exemple, qui prescrirait aux citoyens d'aider une puissance ennemie avec laquelle cet État se trouve en guerre. Un tel acte ne serait qu'une monstrueuse voie de fait, un abus de force des gouvernants, un fait qualifié crime par toutes les législations, le crime d'intelligence avec l'ennemi... C'est dire que les gouvernants n'ont de pouvoir juridique que tant qu'ils peuvent prétendre commander au nom de la Patrie.*

⁷ **Levasseur**, « Cours de droit pénal spécial » p.139 : *Cette loi fut reprise par le gouvernement de Vichy dans un acte dit loi du 25 octobre 1941.*

⁸ **Code pénal de la République de Moldavie** (18 avril 2002). Art. 2 - *Buts de la législation criminelle :*

a) *La loi pénale protège contre les crimes et délits, les personnes, les droits et libertés des personnes, la propriété, l'environnement, l'ordre constitutionnel, la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale de la République de Moldavie, la paix et la sécurité de l'humanité, aussi bien que la règle de droit en général.*

b) *La loi pénale se propose aussi de prévenir la commission de nouveaux crimes ou délits.*

⁹ **H.Parnell**, « History of the penal laws against the irish catholics », Londres 1825 : *La Constitution repose sur ce fondement que chaque personne doit jouir d'une complète sécurité, quant à sa personne, à ses biens et à sa liberté, contre toute intrusion, qu'elle émane d'un pouvoir arbitraire ou d'une agression privée.*

ni un moyen d'oppression destiné à satisfaire la soif de pouvoir de certains gouvernants¹, ni la source d'un sentiment de haine d'une partie de la population envers une autre².

Il appartient également au Parlement de veiller à la moralité du corps social³, dès qu'elle conditionne sa survie ou la paix publique. L'incrimination du trafic de stupéfiants relève ainsi de la compétence, sinon des devoirs, du législateur. Il en va de même de la répression des déviations sexuelles, lorsqu'elles mettent des mineurs en péril (pédophilie), ou qu'elles troublent l'ordre public (racolage), ou encore qu'elles portent atteinte à la dignité humaine. En revanche, si la loi divine voit des péchés dans la gourmandise⁴ ou la vanité⁵, les pouvoirs publics ne sauraient la suivre sur ce terrain⁶. Par ailleurs le législateur ne saurait édicter des lois somptuaires⁷, interdisant à la population de manger certaines nourritures⁸ ou de porter certains vêtements⁹, que si l'économie nationale l'exige. Les pouvoirs publics ne sauraient aller plus loin que d'inciter leurs concitoyens à la vertu¹⁰; et le meilleur moyen pour y parvenir consiste pour les dirigeants à donner l'exemple d'une vie vouée au Bien commun¹¹.

¹ **Sun Tzu**, « L'art de la guerre » XI Commentaire : *Si le Code des récompenses et des peines est clairement rédigé et appliqué strictement, alors vous pourrez utiliser la multitude comme s'il s'agissait d'une poignée d'hommes.*

² **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.414 n°176-175 : *Toute loi satisfait l'esprit de justice quand elle est faite pour établir des rapports paisibles entre les hommes. Elle donne la connaissance de ce qui est défendu, et la sécurité dans l'action régulière. La loi est contraire à la notion même de droit si elle a été votée par esprit de destruction, de vengeance ou de haine.*

³ **Rommen**, « Le droit naturel » (Fribourg 1945) : *Les lois ont une fin morale ; elles ne sont pas seulement une protection, mais elles ont une tâche morale et positive à remplir : rendre les hommes meilleurs et plus vertueux.*

⁴ **Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » II-II Q.148 a.1 : *Ce qui relève de la gourmandise, c'est le fait de dépasser sciemment la mesure lorsque l'on mange... Il implique alors un dérèglement qui n'est pas exempt de péché.*

⁵ **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » (2^e éd.) v° Vanité : *Par vanité, on désigne le désir futile de paraître et de briller. Ce vice s'oppose aux vertus de modestie et d'humilité.*

⁶ **Quénault**, rapport sous Cass.crim. 1^{er} mai 1867 (S. 1867 I 145) : *La sphère de la législation répressive n'est point aussi vaste que celle de la loi morale, car elle est limitée par un autre principe : la répression ne doit pas s'étendre au-delà de ce qu'exige le maintien de l'ordre et de la paix publique.*

⁷ **Garcillasso de la Vega**, « Histoire des Incas » Paris 1830, T.II p.147 : *Les indiens avaient une loi qui réglait leur dépense ordinaire, et qui leur défendait de profaner sur leurs habits l'usage de l'or, de l'argent et des pierreries. Cette même loi retranchait toutes les superfluités des festins.*

⁸ **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » (éd. Bruxelles T.VI p.73) : *Un statut d'Édouard III défend de faire servir sur la table, soit pour le dîner, soit pour le souper, plus de deux services, excepté les jours de grande fête où la loi en permet un troisième.*

⁹ **Dion Cassius**, « Histoire romaine » (57,15) : *Tibère défendit aux hommes de porter des étoffes de soie ; il défendit aussi de faire usage de vases d'or.*

¹⁰ **Aristote**, « Éthique à Nicomaque » : *Le législateur a le devoir, d'une part, d'inviter les hommes à la vertu et de les exhorter en vue du bien dans l'espoir d'être entendu de ceux qui, grâce aux habitudes acquises, ont déjà été amenés à la vertu ; et, d'autre part, d'imposer à ceux qui sont désobéissants et d'une nature par trop ingrate, des punitions et des châtiments, et de rejeter totalement les incorrigibles hors de la cité.*

¹¹ **Confucius**, « La grande étude » 1^{er} partie : *Les anciens princes, pour faire briller les vertus naturelles dans le cœur de tous les hommes, s'appliquaient auparavant à bien gouverner chacun sa principauté. Pour bien gouverner leurs principautés, ils mettaient auparavant le bon ordre dans leurs familles. Pour mettre le bon ordre dans leurs familles, ils travaillaient avant à se perfectionner eux-mêmes. Pour se perfectionner eux-mêmes, ils réglaient auparavant les mouvements de leurs cœurs. Pour régler les mouvements de leurs cœurs, ils rendaient auparavant leur volonté parfaite ; ils s'appliquaient à vouloir faire le bien, à haïr et à éviter le mal.*

Sans chercher à établir une liste complète des intérêts publics que le législateur est tenu de protéger, notamment par la police préventive¹, nous devons toutefois observer encore que la défense de la vérité relève de la notion de Bien commun². Pour assurer la paix sociale il ne suffit pas d'incriminer les violences, il faut également réprimer le mensonge, la ruse et la fraude, toutes manœuvres qui engendrent autant de mal que la brutalité, voire plus en raison de leur caractère sournois. Si, en France le délit de diffamation soulève un profond malaise, c'est parce qu'il sous-estime l'importance sociale de la manifestation de la vérité³ ; le déclin de la démocratie y résulte pour partie des promesses mensongères faites par les candidats aux élections et de la difficulté de dévoiler la vénalité de certains d'entre eux.

Un détail révélateur : le Parlement européen a autorisé à dénommer chocolat un produit contenant de l'huile de palme à la place de l'huile de cacao, son composant naturel. Cette disposition, qui légalise une fraude alimentaire, mérite-t-elle le titre de loi ?

Enfin, avant de consacrer les droits individuels, le législateur doit rappeler que des devoirs impérieux envers la collectivité pèsent sur chacun d'entre nous⁴ (voir : Doucet, « *La protection de la société* », p.53 n°I-4). Méconnaît sa mission le législateur qui, cédant à la démagogie électorale, occulte les devoirs à charge de tout citoyen, et porte ainsi atteinte tant à la paix sociale et à la prospérité de la Nation⁵, qu'à la dignité des individus⁶.

115 - LA LOI DOIT ASSURER LA PROTECTION DES INDIVIDUS. Après les désastreuses expériences dues au national-socialisme et à l'international-socialisme, on est conduit à penser que, découlant de la dignité intrinsèque de la Personne humaine, les droits de l'Homme constituent un préalable à l'élaboration de la loi, et qu'ils s'imposent de ce fait au législateur⁷. Cette doctrine, qui vise au progrès moral de l'humanité¹, a été rappelée

¹ **De Laubadère**, « Traité de droit administratif » T.I n°1018 : *Le but de la police administrative est d'assurer le bon ordre, la tranquillité, la sécurité et la salubrité publique. Les trois dernières de ces expressions : tranquillité (limitation de risques de désordres), sécurité (limitation de risques d'accidents), salubrité (limitation de risques de maladies sont claires). La première (bon ordre) est moins précise, et il s'ensuit que la définition des buts légitimes de la police administrative a pu et peut connaître certaines variations ; il en va ainsi, par exemple, pour la moralité et l'esthétique.*

² **Catéchisme de l'Église catholique**, § 2464 : *Le huitième commandement interdit de travestir la vérité dans les relations avec autrui.*

³ **Jean-Paul II**, « La splendeur de la vérité » : *Aucun homme ne peut se dérober aux questions fondamentales : que dois-je faire ? Comment discerner le bien du mal ? La réponse n'est possible que grâce à la splendeur de la vérité qui éclaire les profondeurs de l'esprit humain.*

⁴ **Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen**. Préambule à la Constitution du 5 fructidor an III, Article 2. *Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les cœurs :*

⇒ *Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'il vous fit.*

⇒ *Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir.*

⁵ **Leclercq**, « Leçons de droit naturel » T.I (Louvain 1933), p.154 n° 28 : *Capable de progrès, l'homme a le devoir de rechercher le progrès. Mais les hommes, en unissant leurs efforts, sont capables d'un progrès qui dépasse de beaucoup la capacité individuelle ; il y a dans le progrès humain un élément qui dépasse l'individu.*

Cet élément est ce qu'on appelle la civilisation, ensemble de connaissances et de façons d'agir, données intellectuelles et morales, qui se transmettent d'une génération à l'autre... Cette civilisation est le produit d'abord d'une collaboration entre les hommes, puis d'une continuité.

⁶ **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » (2° éd.) v° Devoir : *Employé au singulier, le devoir est synonyme d'obligation morale. Employé au pluriel, il désigne l'ensemble des charges ou des offices que doit remplir l'homme... Comme membre de la société humaine, il doit collaborer à l'avènement d'une société plus juste et plus fraternelle... Les devoirs représentent le corollaire des droits de la personne humaine. L'affirmation des droits sans les devoirs correspondant mène à l'individualisme et à la jungle ; le rappel des seuls devoirs, sans les droits, conduit à une morale d'esclave.*

⁷ **Tzvetan Todorov** (Le Figaro du 3 février 2001) : *Ce que nie le totalitarisme, non seulement dans sa pratique mais aussi dans son principe, c'est l'individu comme finalité de notre action publique et privée.*

par les récentes Conventions internationales et par l'Église catholique². Sur les différents points évoqués ci-dessous voir : Doucet, « *La protection de la personne humaine* » (4^e éd.).

En premier lieu, le législateur doivent veiller au respect de la dignité de l'être humain³ de tous les êtres humains⁴, sans discrimination⁵, puisque tous sont égaux à cet égard⁶. Avec la plus grande vigueur le Pape Jean-Paul II a demandé que soit assurée la primauté des personnes sur les choses. Cette notion de dignité, imprécise et immatérielle, pose de délicats problèmes techniques sur le plan législatif ; aussi ne permet-elle d'édicter que des textes épars, incriminant par exemple l'esclavage, comme nous le verrons plus loin.

En second lieu le législateur est tenu d'assurer la protection des attributs essentiels de la personne humaine, à savoir :

1°/ La vie et l'intégrité corporelle⁷, ce qui entraîne l'obligation d'incriminer toute violence corporelle⁸, et l'interdiction de prohiber la légitime défense⁹.

2°/ L'intégrité morale¹⁰, qui comprend à la fois la pudeur¹¹ (incrimination du viol), la sphère d'intimité¹² (incrimination de la violation de domicile), l'honneur et la réputation¹³ (incrimination de la calomnie).

Au nom d'abstractions plus élevées - y compris l'humanité, le bonheur, la paix ou la justice -, le totalitarisme refuse d'admettre qu'une bonne société est celle où les individus qui la composent sont épanouis et heureux. Ainsi les abstractions peuvent-elles conduire à sacrifier l'individu humain. Dans le cas de l'Allemagne, c'était la nation et l'État, en Union soviétique, c'était l'État et le mythe de la classe ouvrière.

¹ **Domat**, « Traité des lois » I-3 : *Les lois de l'homme ne sont autre chose que les règles de sa conduite, et cette conduite n'est autre chose que la démarche de l'homme vers sa fin.*

² **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » (2^e éd.) v° Droits de l'homme : *Les droits de l'homme sont rattachés à la dignité intrinsèque de la personne humaine. Ils sont antérieurs à la société et s'imposent à elle.*

³ **Charte européenne des droits de l'homme**. Art. 1 : *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.*

⁴ **Actes des Apôtres**, 10-34 : *Pierre dit « Je constate en vérité que Dieu ne fait pas acception des personnes, mais qu'en toute nation celui qui pratique la justice lui est agréable ».*

⁵ **Déclaration des droits de l'homme de 1793**. Art. 3 : *Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.*

⁶ **Déclaration des droits et des devoirs de l'an III**. Art. 3 : *L'égalité consiste en ce que la loi est le même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoir.*

⁷ **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**. Art. 6 : *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.*

⁸ **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » (2^e éd.) v° Légitime défense : *Le droit à la vie est un droit naturel. Ce droit appartient en propre à la personne ; il est antérieur à la société et s'impose à elle. Dans les sociétés de droit il revient à la personne publique de le garantir.*

⁹ **Constitution du 3 septembre 1791**, Titre 1^{er} : *Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils garantis par la Constitution.*

¹⁰ **Malaurie et Aynès**, « Droit civil – Les personnes » 5^e éd. n°280 : *Une personne possède un certain nombre de prérogatives du seul fait qu'elle est une personne. Ces droits ne résultent pas de son activité, elle les acquiert au berceau. Toute personne en bénéficie... La méconnaissance des droits de la personnalité est punie par un cortège de dispositions pénales nombreuses et peu homogènes.*

¹¹ **Charte européenne des droits de l'homme**. Art. 3, 1° : *Droit à l'intégrité de la personne - Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.*

¹² **Charte européenne des droits de l'homme**. Art. 7 : *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.*

¹³ **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**. Art. 17 : 1° *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.*

2° *Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.*

3^o/ La liberté¹, qui couvre tant la liberté physique (incrimination de la séquestration) que les libertés intellectuelles² (telles les libertés d'association, d'expression³ religieuse ou politique⁴) et la liberté d'entreprendre (liberté du commerce et de l'industrie)⁵.

4^o/ La sphère patrimoniale⁶, qui se traduit au civil par le droit de propriété (incrimination du vol, notamment quand il est commis dans des conditions qui portent en outre atteinte aux trois intérêts précédents).

En troisième lieu, le législateur ne doit pas oublier d'assurer la protection de la Famille⁷, sphère protectrice de l'individu et cellule de base de la société⁸. Voir à cet égard : Doucet, « *La protection de la famille, des enfants et des adolescents* » (éd. 2016).

On peut par ailleurs, nous tournant maintenant vers la procédure pénale, observer que le législateur doit permettre à celui qui se tient pour victime d'une infraction de saisir un tribunal répressif⁹, et à celui contre qui une action pénale est intentée d'exercer les droits de

¹ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.107-108 n°175 : *Le législateur aura soin de se souvenir que le Droit naturel ne lui permet de limiter les libertés et les droits individuels que dans la mesure seulement où le demande le bien de la société : aller au-delà serait vouloir violenter la nature humaine et, par le fait, desservir le Bien commun qu'il est chargé d'assurer et de promouvoir.*

² **Von Jhering**, « L'esprit du droit romain » : *La loi doit garantir et respecter le plus possible la spontanéité des individus ; chacun doit avoir le droit de faire même des choses inopportunes, et il ne doit pas dépendre de la loi seule, comme un corvéable asservi à tous les buts que le pouvoir public juge dignes d'être poursuivis.*

³ **TGI Paris** 10 septembre 1996 (D.1997 somm.91) : *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et ne peut être restreinte que par des normes énoncées avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés.*

⁴ **Bentham**, « Théorie des peines et des récompenses » : *Il est un délit que la loi anglaise a rendu pénal, que les juges se sont efforcés de rendre infâme, et auquel on attaché des peines infamantes, mais que ni les lois, ni les juges, ni les peines n'ont pu parvenir à marquer l'infamie. Ce délit c'est le libelle politique, délit qui peut produire de grands maux, mais ces maux sont comme inséparables d'une constitution libre.*

En 1758, le docteur Shebbeare fut mis au pilori pour un libelle contre le Roi et ses ministres ; le peuple l'y entoura avec respect et l'honora comme un martyr. Sous le règne actuel, un libraire nommé Williams fut de même condamné au pilori pour un libelle du même genre ; le peuple, pendant l'exécution de la sentence, fit une collecte pour lui.

⁵ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.237 n°451 : *Les lois doivent respecter les droits, les libertés et les initiatives privées dont le libre jeu est nécessaire au bon équilibre et à l'épanouissement vraiment humain de la société. Léon XIII disait : « La raison qui motive les lois en détermine les limites ; c'est-à-dire que celles-ci ne doivent pas s'avancer ni rien entreprendre au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier aux maux et écarter les dangers ».*

⁶ **Charte européenne des droits de l'homme**. Art. 17 – Droit de propriété : *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte.*

⁷ **Jean-Paul II**, « Lettre aux familles » n° 17 : *La famille est une communauté de personnes, la plus petite cellule sociale, et comme telle une institution fondamentale pour la vie de toute société... Les droits de la famille sont étroitement liés aux droits de l'homme.*

⁸ **Déclaration universelle des droits de l'homme** (ONU 1948). Art. 16 : *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.*

⁹ **TGI Paris** 17 décembre 1986 (Gaz.Pal. 1987 I 239) : *Le droit d'ester en justice pour obtenir réparation de son préjudice est un droit fondamental, voire un droit naturel accordé à toute personne.*

la défense reconnus par le droit naturel¹. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, toute disposition contraire du législateur devrait être tenue pour inopérante par le juge².

116 - LA LOI DOIT ARBITRER EN CAS DE DIVERGENCE. La conciliation de l'intérêt général et des intérêts privés ne saurait être décrétée dans l'abstrait, en théorie pure, par application d'une quelconque idéologie³. Comme l'a montré Montesquieu⁴ lorsqu'une divergence surgit, entre le Bien commun et les intérêts privés, le législateur doit le trancher en fonction des conditions physiques, sociales et humaines du moment⁵.

Encore ne faut-il pas se faire une idée fautive du champ de variation des lois : Pascal a commis cette erreur lorsqu'il a écrit « *Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* ». En pratique, dans les pays civilisés, les pures lois pénales ne divergent guère ; seules les lois de police sociale se trouvent vraiment sujettes à variations⁶. À l'évidence, un législateur pénétré de sa fonction ne saurait autoriser le meurtre ou le vol sur les terres qu'il régit.

On a pu observer que Saint Yves, le patron des hommes de loi dans le monde, se conduisait pleinement en homme de son temps⁷. Bien longtemps auparavant, Plutarque relevait que « *Selon accommodait les lois aux choses plutôt que les choses aux lois* ». Le législateur jouit du pouvoir d'apprécier l'opportunité du texte examiné⁸, en fonction des conditions humaines et matérielles se présentant au moment où il statue¹.

¹ **Jousse**, « Traité de la justice criminelle » Paris 1771 T.I p.613 : *Les défenses et exceptions sont de droit naturel. Ainsi on ne peut priver un accusé de ce droit.*

² **Roussel**, Rapport sur le projet de Code pénal belge de 1867 : *Les causes de justification dérivent de la nature des choses. Lors même que la loi refuserait de les proclamer, comme elles impliquent le contraire de la culpabilité, le jury ne pourrait se dispenser d'en tenir compte.*

³ **Aristote**, « Politique » II et IV : *Le législateur, en établissant ses lois, ne doit pas perdre de vue deux choses : le territoire et les hommes... Le bon législateur ne doit pas ignorer la forme qui est la plus parfaite dans l'absolu, et celle qui est la meilleure eu égard aux circonstances de fait.*

⁴ **Montesquieu**, « De l'esprit des lois », 1^{re} partie, L.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. Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du Gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir ; soit qu'elles le forment comme font les lois politiques, soit qu'elles le maintiennent comme font les lois civiles.*

Elles doivent être relatives au physique du Pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de Liberté que la Constitution peut souffrir ; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles, elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies : c'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer.

⁵ **Gény**, « Science et technique en droit positif » T.II p.371 : *J'entends par données réelles, ou strictement naturelles, du droit positif, celles qui consistent dans les conditions de fait où se trouve placé l'humaniste. Peu importe qu'il s'agisse de la nature physique ou morale, dont l'homme est comme encerclé (climat, sol et ses productions, constitution anatomique et physique de l'homme, état psychologique, aspirations morales, sentiments religieux etc...), ou les conditions économiques qui influencent son activité, voire des forces politiques ou sociales existantes.*

⁶ **Proal**, « Le crime et la peine » (4^e éd.), p.470 : *Les variations législatives ne portent que sur les lois relatives à l'organisation politique et sociale. Les lois politiques, les lois sur la presse, le droit d'association... changent nécessairement suivant la forme du gouvernement, la constitution de la société, le degré d'instruction et de liberté dans chaque pays.*

⁷ **Cassard**, « Saint Yves de Tréguier » p.62 : *Sa vision du monde et des hommes n'est pas idéale, elle demeure engagée dans l'histoire, dans une histoire particulière, celle de son temps et de son milieu.*

⁸ **Pufendorf**, « Le droit de la nature » (éd. Amsterdam 1734), p.477 : *Lorsqu'un péché n'est connu que de très peu de gens, il n'est pas nécessaire, et quelquefois même il serait dangereux de le faire connaître en le punissant. Car beaucoup s'abstiennent de faire du mal, plutôt par ignorance du vice,*

Il doit notamment prendre en considération le milieu physique dans lequel vivent ses concitoyens. Ainsi dans l'Égypte ancienne, où chaque année il fallait restaurer les limites des champs qui avaient été effacées par la crue du Nil, le déplacement d'une borne était considéré comme un crime majeur². De même le Code pénal suisse se préoccupe particulièrement des avalanches³, alors que le Code néerlandais veille à prévenir les inondations⁴. Pour prendre un dernier exemple : ce sont les dangers de la navigation en mer qui expliquent pourquoi le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande comporte des dispositions renforçant la discipline à bord et l'autorité du capitaine⁵.

Le législateur doit de même tenir compte des temps dans laquelle la loi va s'appliquer. La loi pénale d'une période troublée⁶ sera nécessairement plus rigoureuse que celle édictée dans un temps de paix sociale. Tout particulièrement, les textes concernant l'état d'urgence, l'état de siège et l'état de guerre⁷ emportent des exceptions aux principes généraux du droit et sacrifient certains intérêts privés à l'intérêt général⁸.

La loi pénale doit également s'attacher aux nouvelles techniques que le progrès scientifique fournit aux malfaiteurs. C'est le développement de l'informatique qui a invité à renforcer la protection de la vie privée⁹. C'est la mise sur le marché d'un matériel d'espionnage particulièrement efficace qui a conduit à incriminer¹⁰ le fait de capter

que par la connaissance et l'amour de la vertu, de sorte que la punition d'un crime, dont ils n'avaient pas ouï parler, bien loin de les détourner d'en commettre de semblables, les y porterait au contraire par un effet de cette curiosité insensée que l'on a pour tout ce qui est nouveau, et du penchant que l'on sent à faire ce qui est défendu.

¹ Rossi, « Traité de droit pénal », p.501 : *La loi pénale doit parler un langage positif, explicite, contenir l'expression de l'état social du moment.*

² Prière des morts, dans l'Égypte ancienne : *Je n'ai pas triché sur les terrains* (après la crue du Nil).

³ Code pénal suisse. (état du texte en 2003) Art. 228 : *Celui qui, intentionnellement, aura détruit ou endommagé... des ouvrages de protection contre les forces naturelles, par exemple contre les éboulements ou les avalanches, et aura par là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes ou la propriété d'autrui sera puni de la réclusion.*

⁴ Code pénal néerlandais de 1881. Art. 161 : *Celui qui, intentionnellement, anéantit, met hors d'usage ou dégrade quelque ouvrage servant à retenir les eaux, est puni, s'il peut en résulter un danger d'inondation, d'un emprisonnement de six ans au plus.*

⁵ Code disciplinaire et pénal de la marine marchande de 1926, art.8 : *Le capitaine a, dans l'intérêt commun, sur toutes les personnes à bord, pour quelque cause que ce soit, et autant que la nécessité l'exige, l'autorité que comportent le maintien de l'ordre, la sécurité du navire, des personnes embarquées et de la cargaison... Il peut employer, à ces fins, tout moyen de coercition utile.*

⁶ Héraclite, il y a 2500 ans, déplorait déjà la hausse de la criminalité en ces termes : *Ô temps, Ô mœurs, Ô malheureux siècle où la vertu souffre et où le crime triomphe.*

⁷ Code pénal suédois de 1962. Son chapitre XXII est intitulé : *Dispositions particulières au temps de guerre.*

⁸ Code pénal français ancien. Son article 83 al.4 comportait une incrimination très imprécise : *En temps de guerre tous actes, sciemment accomplis, de nature à nuire à la défense nationale, seront punis, s'ils ne le sont déjà par un autre texte, d'un emprisonnement de 1 à 5 ans.*

⁹ P.Trudel, « La protection de la vie privée et le droit à l'image aux États-Unis » (Colloque de L'IFC du Barreau de Paris, mars 1991) : *C'est au cours des décennies 1960 et 1970 que la notion de vie privée revint au premier plan, à la faveur des inquiétudes suscitées par le développement des banques de données informatiques et les intrusions de plus en plus outrancières de certains médias.*

¹⁰ Vitu, « Traité de droit pénal spécial » T.II p.1646 n°2029 : *La protection de la vie privée... Le Code pénal de 1810 ne l'ignorait pas, puisqu'il avait élaboré des dispositions réprimant certains agissements qui y portaient atteinte : violation du secret professionnel, violation du secret des correspondances, violation de domicile. Longtemps ces textes ont paru suffire... Mais très vite, on devait s'apercevoir de leur insuffisance devant les irruptions de plus en plus profondes dans la vie privée dues aux progrès des techniques audio-visuelles. Les conditions grégaires de la vie moderne ont rendu les citoyens plus sensibles aux empiètements qu'ils constatent dans leur intimité... Le législateur français a profité de la loi du 17 juillet 1970, dont le but était de renforcer la garantie des droits des citoyens, pour insérer dans*

indûment l'image ou les paroles d'une personne¹. Dans le même sens on peut évoquer l'adoption de textes destinés à protéger le fonctionnement du matériel informatique².

On ne saurait non plus négliger le caractère³ propre de chaque peuple⁴, qui a été forgé par son histoire⁵. Une incrimination qui méconnaît cet héritage fait l'objet d'un phénomène de rejet⁶ : lorsque le gouvernement chinois a adopté la politique de l'enfant unique, il n'a pas tenu compte du fait que le culte des ancêtres ne pouvait être rendu que par un homme ; afin que ce devoir familial impérieux puisse être rempli, nombre de parents se résolurent à tuer leur fille nouvelle née, dans l'espoir que leur prochain enfant serait un garçon.

À l'inverse, le législateur ne doit pas oublier que l'histoire de l'humanité semble viser à faire prévaloir l'esprit sur la chair. Il ne saurait sans se déconsidérer céder à l'air du temps en favorisant l'hédonisme ; il doit en revanche favoriser les avancées de la civilisation⁷, et même de se hausser un ton au dessus⁸ afin de l'aider à progresser sur le plan moral⁹. C'est pourquoi le législateur contemporain a légitimement pu instituer le délit d'omission de porter secours à une personne en péril¹⁰.

le Code pénal des dispositions incriminant divers agissements qui portent atteinte à l'intimité de la vie privée ; captation d'image ou de paroles, divulgation des documents ainsi obtenus...

¹ **Trib.corr. Paris** 2 juillet 1981 (Gaz.Pal. 1983 I somm. 49) : *L'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée, dans le cadre de l'art. 368 C.pén., résulte nécessairement de la captation par un moyen technique mis en oeuvre clandestinement, de paroles prononcées dans un lieu privé, abstraction faite du contenu de la conversation écoutée, enregistrée ou transmise.*

² **Code pénal belge**. Art. 550 bis (2001) : § 2. *Celui qui, avec une intention frauduleuse ou dans le but de nuire, outrepassé son pouvoir d'accès à un système informatique, est puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende ... ou de l'une de ces peines seulement.*

³ **Mérimée**, « Lettres » : *Les lois ne font pas les nations, elles sont l'expression de leur caractère.*

⁴ **Gény**, « Science et technique en droit positif » T.II p.378 : *Le donné historique est, à la fois, vague et universel dans ses grandes lignes, plus précis et particularisé dans ses détails. Tel qu'il est, avec son contenu et sa portée variable, il est impossible d'en faire fi. En réalité c'est toujours sur lui qu'on bâtit.*

⁵ **Louis XVI** l'avait bien compris. Dans sa déclaration relative à l'Ordonnance criminelle du 1^{er} mai 1788, il écrivait : *Tous nos sujets auront la faculté de concourir à l'exécution du projet qui nous occupe, en adressant à notre Garde des Sceaux les observations et mémoires qu'ils jugeront propres à nous éclairer. Nous élèverons ainsi au rang de lois les résultats de l'opinion publique, après qu'ils auront été soumis à l'épreuve d'un mûr et profond examen.*

⁶ **Cornil**, « Nouvelles de procédure pénale belge », Introduction : *On ne peut légiférer utilement en matière pénale qu'en demeurant d'accord avec la conscience sociale. Si les particuliers réprovent la loi, ce sera la conspiration du silence afin de faire échapper les délinquants aux recherches.*

⁷ **Sertillanges**, « La philosophie des lois » p.56 : *Les lois civiles ont-elles un but de moralisation ? Se proposent-elles de rendre les hommes vertueux, ou simplement de contenir leurs excès et de procurer celles de leurs actions qui intéressent l'ordre public et la vie publique ?*

Beaucoup de juristes modernes considèrent que le législateur n'est pas un moraliste et que les consciences ne le regardent pas. Ce qui compte, ce sont les répercussions sociales des actes. Le bien et le mal, en eux-mêmes, pour lui, n'existent pas.

Pour Aristote, comme pour nous, la définition de la loi est telle que la vertu des citoyens ne peut manquer d'entrer dans ses fins, car c'est par elle que le bien social se réalise. Le législateur doit viser non seulement le bien du tout, mais le bien de tous.

⁸ **Spencer**, « Les bases de la morale évolutionniste » (6^e éd.) p.220 : *Ce dont est capable la nature humaine la meilleure est à la portée de la nature humaine en général.*

⁹ **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV -Morale- (2^e éd.) p.124 n°103 3° : *L'efficacité des lois sera d'autant plus grande qu'elles s'appuieront davantage sur les mœurs publiques, en vue de les élever ; s'il y aurait imprudence à imposer à un peuple des lois plus parfaites qu'il ne peut les porter, il y aurait erreur et même faute à ne lui imposer, parmi les lois qu'il est capable de recevoir, que les plus mauvaises.*

¹⁰ **Levasseur**, « Cours de droit pénal spécial » (1967-1968) : *Ce délit a fait naître bien des controverses. On lui reprochait de transformer en obligation juridique une obligation de pure morale, de faire un devoir de se dévouer aux autres. On a fait valoir aussi qu'il serait très malaisément applicable. L'abondance des décisions rendues en cette matière montre pourtant que ce texte répondait à un besoin certain.*

Par ailleurs, il importe de souligner l'importance des conceptions ou de la religion dominante lors de l'élaboration des lois. La législation pénale sera évidemment différente selon que l'on se trouve dans un pays dominé par une pensée matérialiste, qui voit dans l'homme un simple animal dont la vie s'achève radicalement à l'instant de son décès¹, ou que l'on vit dans une nation nourrie par une pensée spiritualiste, qui décèle dans l'âme de l'homme une étincelle d'éternité². La première sera évidemment moins préoccupée de considérations morales que la seconde. On peut regretter à cet égard que le progrès matériel n'aille pas de pair avec le progrès moral³, et que l'être humain n'avance que trop lentement dans la voie du bien, qui invite au respect d'autrui⁴.

Enfin, la législation positive varie inévitablement du fait de la composition présente de la société⁵. Sur un territoire où cohabitent des peuples disparates, chaque communauté sera tentée d'observer ses propres lois ; il en fut ainsi en Gaule après les grandes invasions⁶. Dans un pays comportant une classe dominante et une classe asservie, la première sera évidemment mieux protégée que la seconde⁷ ; en revanche, sous une Constitution unitaire tous les citoyens seront soumis à la même loi⁸.

Il en est notamment ainsi dans une démocratie libérale⁹, affirment tant les philosophes¹ que les pénalistes² ; tel est le cas en France³. Méconnaît ce principe une loi qui privilégie

¹ **Code pénal soviétique de 1926**, art. 1 : *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 (délicts).*

² **Jolivet**, « Traité de philosophie morale » T.IV -Morale- (2^e éd.) p.19 n°10 : *Les lois morales sont nécessairement fonction de la nature de l'homme... Il est évident que les lois de la conduite seront tout à fait différentes suivant que l'homme passera pour un simple animal ou pour un être doué d'une âme spirituelle, pour un être voué à l'anéantissement total ou promis à l'immortalité.*

³ **Toynbee**, « La grande aventure de l'humanité » Chap. 82 : *Depuis l'aube de la civilisation, on découvre une disparité de plus en plus grande entre les progrès techniques de l'Homme et ses réalisations sociales. Le fossé moral séparant le pouvoir physique qu'a l'Homme de faire du mal et la capacité spirituelle qu'il a de discipliner ce pouvoir s'est élargi au point de bailler comme les mâchoires mythiques de l'Enfer. L'insuffisance spirituelle de l'Homme a mis un frein à son progrès social.*

⁴ **Fabre**, « Souvenirs entomologiques » (Volume X, Chap. XIV) : *L'homme de haute moralité est, pour le moment, exception assez rare. Sous l'épiderme du civilisé, presque toujours se trouve l'ancêtre, le sauvage contemporain de l'ours des cavernes. La véritable humanité n'est pas encore ; elle se fait petit à petit, travaillée par le ferment des siècles et les leçons de la conscience ; elle progresse vers le mieux avec une désespérante lenteur.*

⁵ **Gény**, « Science et technique en droit privé positif » (T.II, p.12) : *On ne prétend plus construire en raison un système idéal de droit, éternel et immuable, qui puisse également convenir à tous les temps et à tous les pays. La vérité juridique ne saurait être identique à elle-même, que si les conditions sociales se rencontrent également identiques.*

⁶ **Olivier-Martin**, « Histoire du droit français » (5^e éd.) p.13 n°35 : *Les Francs ne songèrent pas à imposer leurs coutumes aux Gallo-romains ni aux Barbares. Chacun garda sa loi ; le juge commençait à demander aux plaideurs : « Sous quelle loi vis-tu ». C'est ce que l'on appelle la personnalité des lois... Le système ne s'applique qu'au droit privé et au droit criminel.*

⁷ **Parnell**, « History of the penal laws against the irish catholics » (4^e éd. Londres 1825) : *Par l'acte du 4 mars 1704, les catholiques irlandais ne peuvent voter dans leur paroisse, ne peuvent figurer dans un jury, agir en tant que policiers, shérifs ou magistrats, voter aux élections ou siéger au Parlement.*

⁸ **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** de 1966. Art. 2 : *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.*

⁹ **Empédocle** : *Il n'est point d'actes légitimes pour quelques uns et illégitimes pour d'autres ; la loi s'étend partout et à tous, comme l'infinie lumière du ciel.*

une partie de la population par rapport à une autre⁴, une fraction de l'électorat au détriment d'une autre⁵, ou une communauté au regard d'une autre. On peut ainsi s'interroger sur la légitimité de l'article 32 de la loi de 1881 sur la presse, visant l'injure raciale, qui sanctionne l'apostrophe « sale Auvergnat » de six mois d'emprisonnement, et l'apostrophe « sale Juif » d'un an de la même peine.

b) La sanction des lois illégitimes

117 - LE CONTRÔLE NATIONAL. Une loi illégitime se trouve entachée d'une nullité virtuelle. Toutefois, pour produire effet, son irrégularité doit être formellement constatée⁶ car toute loi existante bénéficie d'une présomption de légitimité⁷. Malheureusement, sous l'influence de l'idéologie en vigueur faisant du Parlement le seul détenteur légal du Pouvoir politique, le contrôle de la conformité des lois aux normes supérieures dépend chez nous d'un régime si complexe que nous ne pouvons que l'esquisser.

Lorsqu'une loi vient d'être votée, les députés ou sénateurs qui s'opposent à son entrée en vigueur peuvent en référer au Conseil constitutionnel⁸. C'est ce qui a permis à celui-ci

¹ **Cuvillier**, « Manuel de philosophie » (10^e éd.) T.II p.414 : *La notion de démocratie est inséparable de celle d'égalité. La démocratie exige d'abord l'égalité civile et juridique, c'est-à-dire l'égalité devant la loi. L'égalité devant la loi -l'isonomie- est la première œuvre des États modernes.*

² **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.I (6^e éd.) p.265 n°187 : *Il est de principe dans les démocraties que la règle pénale est applicable à toutes les personnes, sans exception, coupables d'avoir enfreint ses dispositions... Cela signifie qu'il n'y a pas de privilèges. La loi pénale a un « caractère général et commun » à tous les justiciables quels qu'ils soient, les riches et les puissants aussi bien que les humbles.*

³ **Conseil constitutionnel** 20 juillet 1988 (Gaz.Pal. 1988 II Lég.409) : *Le simple fait que certaines infractions aient été commises dans telle ou telle partie du territoire national ne saurait permettre, sans que soit méconnu le principe d'égalité, que leurs auteurs bénéficient d'un régime d'amnistie différent de celui applicable aux auteurs d'infractions identiques ayant conduit à des condamnations elles-mêmes identiques dans les autres parties du territoire national.*

⁴ **Cour de justice des communautés européennes** 17 octobre 1995 (Gaz.Pal. 23 mai 1996) : *Une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et s'oppose dès lors aux dispositions communautaires.*

⁵ **Le Senne**, « Traité de morale générale » (4^e éd.) p.606 : *Le droit est légitime là où la personne est capable d'assurer l'envers comme l'endroit de ses droits, c'est-à-dire ce par quoi ils lui imposent des charges, comme ce par quoi ils lui procurent des avantages. Il n'est pas douteux que l'idée de droit ne devienne immorale au moment où l'on en fait un moyen de revendiquer des avantages contre les autres, en repoussant tous les sacrifices que la réalisation et éventuellement la défense du droit enveloppent.*

⁶ **Ordonnance du 9 août 1944.** Exposé des motifs : *La libération du territoire continental doit être d'une manière immédiate accompagnée de l'établissement de la légalité républicaine en vigueur avant l'instauration du régime imposé à la faveur de la présence de l'ennemi. Les lois et règlements que l'autorité de fait qui s'est imposée à la France a promulgués ne peuvent tirer de sa volonté aucune force obligatoire et sont appelés à demeurer inefficaces... Tout ce qui est postérieur à la chute, dans la journée du 6 juin 1940, du dernier gouvernement de la République, est évidemment frappé de nullité.*

Cependant des considérations d'intérêt pratique conduisent à éviter de revenir sans transition aux règles de droit en vigueur à la date susdite du 6 juin 1940... D'où la nécessité de décider que la nullité doit être expressément constatée. Tant qu'une nullité n'a pas été expressément constatée, les actes de l'autorité de fait, quels qu'ils soient, continuent à recevoir provisoirement application.

⁷ **Vittrant**, « Théologie morale » 25^e éd. p.108 n°177 : *Une loi dont la légitimité est douteuse devra en pratique être présumée juste jusqu'à preuve contraire suffisante.*

⁸ **Constitution française.** Art. 61 al. 2, et Art. 62 : *Les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.*

de souligner quelques principes fondamentaux du droit criminel¹, notamment les principes de la légalité criminelle, de la proportionnalité des peines à la gravité des délits² et de la responsabilité personnelle.

La Cour de cassation s'est refusée à contrôler d'office la constitutionnalité des lois³. Mais l'article 61-1 nouveau de la Constitution permet aux personnes impliquées dans un procès de soulever une question prioritaire de constitutionnalité⁴ ; si la Cour l'estime raisonnable, elle peut en saisir le Conseil constitutionnel⁵ seul autorisé à abroger une loi⁶. C'est ce qui s'est produit pour l'article 35 b) qui interdisait de faire la preuve de la vérité de propos tenus pour diffamatoires remontant à plus de dix ans ; cette restriction a disparu⁷.

Par ailleurs, la Cour de cassation accepte de vérifier la conformité des lois aux principes énoncés par les Traités signés par la France⁸, au nombre desquels figure la Convention

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

¹ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.1 (7^e éd.) p.284 n°203 : *L'ampleur de son action, le Conseil Constitutionnel la doit à la notion de « sources constitutionnelles », qui englobe non seulement le texte de la Constitution du 4 octobre 1958, y compris son préambule, mais aussi la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.*

² **Conseil constitutionnel** 3 septembre 1986 (Gaz.Pal. 1986 II Lég.474) : *L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » ; ce principe ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à la période de sûreté.*

³ **Cass.crim.** 20 décembre 1994 (Bull.crim. n°424 p.1031) : *Les textes ayant valeur législative s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire, qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité.*

⁴ **Larguier** et autres, « Droit pénal général » (22^e éd.) p.26 : *À côté du contrôle a priori, a pris place le 23 juillet 2008 un contrôle de la loi a posteriori, grâce à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Ce contrôle permet aux parties, à l'occasion d'une instance en cours, de soulever l'inconstitutionnalité d'une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit...*

⁵ **Moreau** (Le droit qui passe – « Mélanges Sainte-Rose »), p.1078 : *La question prioritaire de constitutionnalité, en dehors des qualités qu'on peut lui trouver, aggrave la confusion du droit puisque a priori on ne peut savoir si un texte de loi sera ou non contesté, peut-être même annulé.*

⁶ **Constitution française.** Art. 61-1 et 62 al.2 : *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation...*

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

⁷ **Conseil constitutionnel** 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC :

En interdisant de rapporter la preuve des faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans, le cinquième alinéa de l'article 35 a pour objet d'éviter que la liberté d'expression ne conduise à rappeler des faits anciens portant atteinte à l'honneur et à la considération des personnes qu'elles visent ; la restriction à la liberté d'expression qui en résulte poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale ;

Toutefois cette interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général ; par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi ; ainsi, elle méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789... Elle doit être déclarée contraire à la Constitution.

⁸ **Cass.crim.** 17 octobre 1994 (Gaz.Pal. 1995 I Chr.21) : *Il appartient au juge répressif d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier méconnaît une disposition du Traité CEE ou un texte pris pour l'application de celui-ci.*

européenne des droits de l'homme ; ce qui peut la conduire à déclarer inapplicable une loi, régulière en la forme, qu'elle estime incompatible avec nos engagements internationaux¹.

En ce qui concerne les arrêtés et les décrets, les juridictions répressives bénéficient d'une plus grande latitude. Sans doute, en raison du principe de la séparation des pouvoirs, ne sauraient-elles annuler un texte administratif motif pris de son illégalité, mais elles ont la possibilité, au cas par cas, de refuser d'appliquer une disposition qu'elles estiment irrégulière ; on parle ici d'exception d'illégalité². Cette faculté, qui reposait autrefois sur un simple adverbe (article R.26 15° : *Seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de 1^{re} classe... ceux qui auront contrevenu aux décrets ou arrêtés de police légalement faits*), a été expressément consacrée par l'article 111-5 du Code pénal de 1993³. Ainsi les juges peuvent refuser de se rendre complice d'un acte arbitraire de l'Administration⁴ ; mais le texte écarté n'est pas à proprement parler abrogé, il est tout simplement déclaré inopérant en l'espèce⁵ (voir : Doucet, « *Le jugement pénal* », 3^e éd., p.28).

Si une loi, au sens propre du terme, leur apparaît manifestement illégitime, comme tout citoyen les juges peuvent se refuser à l'appliquer, mais c'est à leurs risques et périls⁶. En effet, une loi inconstitutionnelle, illégitime ou immorale ne s'analyse pas en une règle de droit mais en un acte de contrainte⁷ ; toutefois, quoique consacré par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le droit de résistance à l'oppression⁸ n'est que très rarement envisagé par le droit naturel⁹ et plus rarement encore admis en droit positif.

118 - LE CONTRÔLE INTERNATIONAL. C'est seulement depuis la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme que les lois françaises peuvent faire l'objet

¹ **Cass.crim.** 16 janvier 2001 (Gaz.Pal. 25 octobre 2001 note Monnet), relatif à l'interdiction de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de parties civiles : *L'article 2 de la loi du 2 juillet 1931, par l'interdiction générale et absolue qu'il édicte, instaure une restriction à la liberté d'expression qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'art.10 la Conv.EDH ; étant incompatible avec ces dispositions conventionnelles, il ne saurait servir de fondement à une condamnation pénale.*

² **Puech**, « Droit pénal général » p.84 n° 229 : *Si le prévenu soutient devant la juridiction saisie des poursuites que l'acte administratif qu'on lui reproche d'avoir méconnu est irrégulier, il contraint les juges à apprécier la validité de l'acte et à l'écarter des débats s'ils estiment que sa prétention est fondée. On dit que le prévenu soulève l'exception d'illégalité.*

³ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.I (7^e éd.), p.327n° 242 : *Le nouveau Code a substitué, au fondement purement réglementaire du pouvoir reconnu aux juges répressifs, un fondement proprement légal : l'exception d'illégalité est exprimée par l'art. 111-15 du nouveau Code, qui lui ouvre d'ailleurs un champ d'application plus vaste qu'autrefois.*

⁴ **Cass.crim.** 7 juin 1995 (Gaz.Pal.1995 II 648) : *Il se déduit de l'art. 111-5 C. pén. que le juge pénal peut déclarer d'office l'illégalité d'un tel acte lorsqu'il apparaît qu'elle conditionne la solution du procès qui lui est soumis.*

⁵ **Cass.crim.** 30 janvier 1991 (Bull.crim. n°53 p.130) : *En soumettant l'exercice de la profession de marchand ambulant sur les halles et marchés et sur les voies publiques à la délivrance d'une autorisation qu'ils se réservent d'accorder ou de refuser discrétionnairement, les maires excèdent leur pouvoir de police.*

⁶ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » I-II Question 96 art.4 : *Dans le cas d'une loi qui opprime injustement ses sujets, l'homme n'est pas obligé d'obéir à la loi, si sa résistance n'entraîne pas de scandale ou d'inconvénient majeur.*

⁷ **Sertillanges** « La philosophie des lois » p.83 : *Quand une loi n'est pas raisonnable, quand une loi n'est pas juste, ce n'est pas une loi, c'est une contrainte.*

⁸ **Constitution du 24 juin 1793**, Préambule : Art. 35 – *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits.*

⁹ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.241 n° 461 : *La résistance aux lois injustes – Si la loi cherche à imposer un acte clairement contraire à la loi naturelle ou divine, il va de soi que l'obéissance à la loi humaine ne peut pas toujours être permise. Dans ce cas la résistance passive est toujours nécessaire et la résistance active, par les moyens légaux, toujours permise.*

d'une censure de la part d'une autorité supranationale. La juridiction compétente est la Cour européenne des droits de l'homme, qui a pour mission de contrôler le respect des dispositions de la Convention tant par les législateurs que par les juges nationaux¹.

Cette juridiction a le pouvoir (elle en use et parfois en abuse) de déclarer en faute tout État qui enfreint l'un des articles de la Convention. Elle a ainsi été amenée à préciser la portée de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants², et par suite à délimiter les peines que le législateur national a la possibilité d'édicter. Nous en rencontrerons des exemples dans le cours de cet ouvrage.

§ 2 LES RÈGLES TECHNIQUES

119 - LE VOCABULAIRE DE LA LOI. Lors du choix du vocabulaire, le législateur se heurte à deux exigences, souvent contradictoires. D'une part, les mots employés doivent être compréhensibles pour le justiciable ; d'autre part, ils doivent être adaptés aux besoins des praticiens³. Cette difficulté n'est pas propre aux juristes ; elle s'observe dans tous les corps de métier, car chaque branche d'activité humaine possède son propre vocabulaire, imposé par les matériaux utilisés et le matériel employé. Il suffit de parler avec un maçon d'un travail délicat pour s'en persuader⁴. Si la question se pose particulièrement en droit, c'est tout simplement parce que le principal outil du juriste est le langage⁵.

Il ne faudrait toutefois pas s'exagérer la différence existant entre le langage commun et la langue technique, car elle est moindre en droit pénal que dans d'autres branches du droit.

¹ **Cour EDH** 23 septembre 1998 (Gaz.Pal. Table 1999 v° Droits de l'homme n°17) : *La Cour n'a pas à se prononcer sur les éléments constitutifs du délit d'apologie des crimes ou délits de collaboration en droit français... Il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit national... Le rôle de la Cour se limite à vérifier si l'ingérence qui a résulté de la condamnation des requérants du chef de ce délit peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique »... En l'espèce, la Cour estime disproportionnée et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique, la condamnation prononcée.*

² **Dourneau-Josette**, dans la rubrique « Droits de l'homme » de l'Encyclopédie Dalloz condense ainsi une jurisprudence verbeuse : *L'article 3, la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation.*

³ **Marty et Raynaud**, « Droit civil » T.I (2^e éd.) p.113 n°63 : *La technique juridique comporte un vocabulaire spécial. Cela est vrai de toute technique, les hommes de métier utilisant nécessairement des vocables appropriés. Mais c'est tout particulièrement vrai pour les juristes dont on peut dire qu'ils ont pour outils les mots et les formules. Ce vocabulaire a une composition qui est commandée par la structure et les composantes de la technique du droit.*

⁴ **Décret du 7 brumaire an II** (Sirey législatif, T.I p.273 note 2). Cette note montre que certains législateurs n'ont pas conscience de la spécificité nécessaire du langage juridique. *Lors du débat, Levasseur demanda que le comité de salut public présente à la Convention une commission de six membres philosophes, et non d'hommes de loi, chargés de réviser le projet de Code civil, d'y faire tous les retranchements nécessaires, et d'en faire disparaître les imperfections qui n'ont pu y être laissées que par des hommes de loi.*

⁵ **Jestaz**, *Le langage et la force contraignante du droit* (in « Le langage du droit », Bruxelles 1991, p.69), p.72 : *Sans langage il n'y a pas de droit... Le langage du droit se caractérise par son aspect de technicienne abstraction. Il est de surcroît logicien et totalisant. Le langage du droit est conçu comme le véhicule d'une logique qui pourchasse impitoyablement toute obscurité ou contradiction. Il ne faut pas exagérer l'opposition entre le langage ordinaire et le langage juridique. D'abord le langage juridique ne diffère de l'autre que par le vocabulaire, non par la syntaxe qui reste rigoureusement la même. Et à la réflexion ce vocabulaire ne dépend que peu de la volonté, pour l'essentiel il s'impose à tous en raison de sa pesanteur propre, de l'histoire et de la tradition... L'autre raison qui explique l'autonomie du langage juridique tient au souci de cohérence. Le droit est un système qui reflète une vision globale des relations sociales. A ce système, le langage du droit sert de ciment.*

Elle ne doit exister que pour les mots auxquels il convient de donner un sens très précis, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble du système répressif¹ ; on pense ici à des termes comme intention, imprudence, tentative, complicité ou récidive. Encore ce vocabulaire technique doit-il être choisi dans l'esprit du parler local, afin d'être compréhensible par l'ensemble des justiciables².

Pour ce qui du vocabulaire courant, le pénaliste doit se reporter à un dictionnaire de référence tel le Littré³, quitte à prendre certains termes dans leur sens commun plutôt que dans le sens qu'ils reçoivent dans d'autres branches du droit⁴. En droit pénal, la nuit n'est pas l'espace de temps ordinairement compris entre neuf heures du soir et six heures du matin, mais la période pendant laquelle l'obscurité règne et où les malfaiteurs se révèlent les plus dangereux⁵. À l'inverse c'est à tort que les politiques ont défini le crime de viol en le détachant de la notion de rapports sexuels de nature à féconder une femme.

En ce qui concerne le choix des mots, le législateur doit d'abord retenir des termes qui, n'ayant qu'un seul sens⁶, ne peuvent prêter à controverses⁷. Il doit ensuite utiliser une terminologie se prêtant si possible à l'énoncé de règles générales dans le temps et l'espace. Par exemple, les mois du calendrier révolutionnaire ont reçu des noms poétiques dus à Fabre d'Églantine, mais ils n'étaient pas parlants pour tous : floréal est le mois des fleurs dans l'hémisphère nord, pas dans l'hémisphère sud. Le législateur doit enfin user de termes qui s'adressent à la raison et non aux passions : sous la Terreur, on appelait les royalistes « des brigands », et les catholiques « des fanatiques », afin de faciliter leur condamnation ; une vieille femme fut guillotinée, pour fanatisme, ayant été surprise à réciter son chapelet !

120 - LE STYLE DE LA LOI. Le législateur doit être attentif à soigner, non seulement son vocabulaire, mais encore son style⁸ : classique ou romantique⁹, technique ou populaire¹.

¹ **Mimin**, « Le style des jugements » n°9 : *Certes Buffon recommandait d'user des « termes les plus généraux », entendant par là écarter du style le mot technique. Mais son conseil, défendable pour les ouvrages purement littéraires, ne vaut rien pour les ouvrages scientifiques.*

² **Silance**, *Langage juridique et langue usuelle* (in « Le langage du droit », Bruxelles 1991, p.143), p.162 : *Les termes utilisés dans le langage juridique doivent posséder un pouvoir de suggestion permettant au plus grand nombre de comprendre.*

³ **Littré**, v° *Vocabulaire*, cite **Rémusat** : *Il est vrai que le vocabulaire d'une nation peut être considéré jusqu'à un certain point comme le tableau de ses connaissances et le miroir de son génie.*

⁴ **Silance**, *Langage juridique et langue usuelle* (in « Le langage du droit », Bruxelles 1991, p.143) : *Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation et du Conseil d'État de Belgique, à défaut de définition légale, les mots ont, en droit, leur sens courant et usuel...*

⁵ **Garraud**, « *Traité de droit criminel* » (3^e éd.) T.VI, p.186 n°2437 : *Les lois pénales n'ont pas cherché à définir le délai normal de la nuit. Elles abandonnent la détermination de cette circonstance, d'ordre physique, à l'appréciation souveraine des tribunaux. Dans ces conditions il est plus sage de faire coïncider la nuit avec la nuit astronomique.*

⁶ **Mimin**, « Le style des jugements » n°1 : *La propriété des mots, leur exacte conformité avec l'idée à exprimer doit distinguer le style judiciaire. Par l'utilisation du mot propre, on obtient une phrase lumineuse et cette concision qui, dans un document de justice, est la qualité première.*

⁷ **Marty et Raynaud**, « *Droit civil* » T.I (2^e éd.), p.114 n°63 : *Le vocabulaire et le style juridique tendent avant tout à la précision ; cela suppose que les termes employés soient entendus de façon fixe et uniforme, et qu'il y ait le moins possible de « mots à sens multiples ».*

⁸ **Guide pratique du Parlement européen** : *Les actes législatifs communautaires sont formulés de manière claire, simple et précise. La rédaction d'un acte législatif doit être :*

- claire, facile à comprendre, sans équivoque,
- simple, concise, dépourvue d'éléments superflus,
- précise, ne laissant pas d'indécision dans l'esprit du lecteur.

⁹ **Maeterlinck**, « *Devant Dieu* » a eu la dent dure : *L'écrivain qui a quelque chose à nous dire prend, presque nécessairement, la forme classique ; celui qui n'a rien à déclarer, la forme romantique.*

La bonne présentation d'une règle de droit ne peut en effet que faciliter sa réception par les justiciables et assurer son rayonnement². Lorsque le législateur s'adressait à une population ne sachant pas lire il retenait une formulation, souvent rimée, se gravant aisément dans les esprits³ ; sous l'Ancien droit on usait volontiers de sentences ou de brocards⁴, tels que « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ». Stendhal prétendait lire chaque soir quelques articles du Code Napoléon, afin de s'imprégner d'un style clair, limpide et précis⁵.

L'idéal consiste sans nul doute en un style classique, marqué par la clarté des mots⁶, la précision des idées⁷ et la légèreté de la syntaxe⁸. Ainsi les divers termes et membres de la phrase doivent être agencés dans l'ordre où leur sens apparaît avec le plus de netteté pour le lecteur, comme le conseillait le maître de philosophie de Monsieur Jourdain dans la pièce de Molière « *Le bourgeois gentilhomme* » ; les phrases alambiquées, tant à la mode de nos jours, ne font que trahir la confusion des idées⁹. En ciselant son style le législateur est au demeurant conduit à affiner sa pensée, pour le plus grand bien des justiciables¹⁰. Valéry a justement fait observer qu'*une faute de langage est une faute de pensée*.

Puisqu'elle fixe les règles majeures de la vie en société, la loi pénale est conduite à formuler des injonctions ou des interdictions¹¹. Elle doit pourtant être rédigée à l'indicatif

¹ **Carbonnier**, « Droit civil » T.I n°7 : *La loi doit-elle parler en style populaire (p.ex. Code civil suisse) ou en style technique (p.ex. Code civil allemand) ? Notre Code civil suit une voie moyenne entre les deux tendances.*

² **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.361 n°149 : *Une bonne technique joue un rôle important dans le prestige d'une loi. Elle assure son universalité et sa durée... Il existe un art de légiférer et une esthétique des lois...*

³ **Sumner Maine**, « Études sur l'ancien droit : *Le livre de Manou est en vers ; or le vers est un des expédients adoptés pour soulager la mémoire, lorsque l'écriture est inconnue ou d'un emploi rare.*

⁴ **Exemple** : *Res judicata pro veritate habetur* (la chose jugée est tenue pour refléter la vérité).

⁵ **Domat**, « Les lois civiles dans leur ordre naturel » (Livre préliminaire, I, 1) : *Les règles de droit sont des expressions courtes et claires de ce que demande la justice dans les divers cas.*

⁶ **Aristote**, « Rhétorique » III, II : *Nous devons d'abord déterminer les qualités du style. Il doit être clair ; ce qui le prouve, c'est que la phrase ne fait pas son office, si elle ne montre pas la pensée. Il doit aussi n'être ni bas, ni trop relevé, mais convenable... Ce sont les mots propres, noms ou verbes, qui produisent la clarté... S'éloigner des locutions communes fait paraître le style plus digne... cependant, si on le fait, il faut que l'art reste caché, que nos paroles ne sentent pas l'artifice, mais qu'elles soient naturelles ; en effet, si le naturel persuade, l'artifice fait le contraire.*

⁷ **Bautain**, « Philosophie des lois » (Paris 1860), p.346 : *Les lois doivent être promulguées dans un langage clair et précis. La rédaction des lois a une grande importance pour la justice. Nous le voyons tous les jours : les intérêts opposés s'acharment sur un texte de loi, et les mêmes mots fournissent des interprétations, non seulement différentes, mais diamétralement contraires. Les deux avocats des deux parties invoquent le même article, et à mesure qu'ils parlent on voit apparaître un autre sens, une explication opposée, et chacun tord la loi afin d'en exprimer ce qui lui est favorable.*

⁸ **Malaurie et Aynès**, « Droit civil – Introduction » n°518 : *Chaque époque a son style législatif. Celui du Code civil était simple et pragmatique dominé par l'histoire et réservé à l'égard des idéologies ; malgré ses archaïsmes, sa langue n'a pas vieilli.*

⁹ **Fabre**, « Souvenirs entomologiques », Vol. X, Chap. IV : *Lorsqu'il me tombe sous les yeux une page hérissée de locutions barbares, dites scientifiques, je me dis : Prends garde ! L'auteur ne possède pas bien ce qu'il dit, sinon il aurait trouvé dans le vocabulaire qu'ont martelé tant de bons esprits, de quoi formuler nettement sa pensée. Boileau appelle chat un chat. Faisons comme lui : appelons charabia une prose savantissime.*

¹⁰ **Mimin**, « Le style des jugements » n°36 : *La langue du juge rejette les pléonasmes, la battologie (tautologie), les mots surabondants, les conjonctions multiples, les épithètes qui prétendent sans nécessité orner un substantif, tous les parasites.*

¹¹ **Platon**, « Les lois » IX-859 : *Les textes devront-ils prendre la forme des instructions d'un père ou d'une mère ? Ou bien devront-ils être rédigés à la manière d'un souverain absolu, qui donne des ordres, profère des menaces et se tient pour satisfait dès lors qu'il a fait graver sa loi dans la pierre ?*

plutôt qu'à l'impératif¹, sous forme positive plutôt que sous une forme négative², afin que les justiciables y voient bien des dispositions répondant à une nécessité légitime.

Contrairement à ce qui se fit dans les tout premiers Codes, le législateur doit se garder d'énumérer des cas d'espèces (méthode qui engendre une casuistique tatillonne³). Il doit plutôt s'efforcer de dégager des catégories générales⁴, qui laisseront une certaine marge de manœuvre aux juges sans pourtant leur abandonner un pouvoir arbitraire⁵.

Si la loi divine s'impose par elle-même aux croyants⁶, pour sa part la loi humaine devrait comporter les motifs de son adoption⁷, tout comme un jugement. Ces motifs n'ont pas leur place dans le corps du texte, mais bien plutôt dans le préambule⁸. Ainsi la loi Veil du 17 janvier 1975 proclamait dans son article premier : « *La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* » ; cet hypocrite hommage à un principe que l'on allait aussitôt dépouiller de son caractère absolu, en légalisant l'avortement aurait dû figurer en avant-propos. De manière générale, un préambule constitue le lieu idéal de rencontre ou de conciliation entre la morale et le droit⁹ ; c'est lui qui permet de substituer la conscience éclairée à l'obéissance aveugle¹⁰.

Il importe enfin de souligner que la loi doit inspirer le respect à ses lecteurs. C'est pourquoi le législateur évitera une formule qui prête à rire¹¹ ; ce qu'il a oublié en rédigeant l'article du Code de la pharmacie qui garantit à chaque citoyen le « libre choix de son vétérinaire ». En outre, le Parlement s'efforcera de donner une certaine solennité au texte qu'il vient d'édicter.

¹ **Constitution du 24 juin 1793**. L'article 27 de son préambule fournit un exemple à ne pas suivre : *Que tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres*.

² **Jean-Paul II**, dans « La splendeur de la vérité » n°52, parle en revanche des *préceptes négatifs de la loi naturelle*.

³ **Bruguès**, « Dictionnaire de morale catholique » 2^e éd. v^o Casuistique : *La loi est dite casuistique lorsqu'elle définit des cas spécifiques avec une description très élaborée des circonstances de son application*.

⁴ **Portalis**, Discours préliminaire au projet de Code civil : *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître de chaque matière*.

⁵ **Carbonnier**, « Droit civil » T.I n°7 : *Vaut-il mieux que la formule légale énumère des cas pratiques (méthode de la casuistique), au risque d'allonger, sans espérer d'ailleurs tout prévoir, ou, au contraire, qu'elle soit rédigée en termes généraux (méthode des clausulae generales), au risque de permettre des extensions imprévues et indésirables ?*

⁶ **Fustel de Coulanges**, « La Cité antique », III-XI : *La loi antique n'est pas tenue de donner ses raisons ; elle est parce que les Dieux l'ont faite. Elle ne se discute pas, elle s'impose ; elle est œuvre d'autorité ; les hommes lui obéissent parce qu'ils ont foi en elle*.

⁷ **Garcillasso de la Vega**, dans son « Histoire des Incas » (éd. 1830), T.II p.305, observe que, lorsque l'Inca édictait une loi pour ses nouveaux sujets *Il leur faisait connaître que son intention n'était pas de les tyranniser, mais de les retirer de leur brutale façon de vivre, pour leur apprendre les devoirs de la vie civile*.

⁸ **Malaurie et Aynès**, « Droit civil – Introduction » n°519 : *Beaucoup de lois contemporaines énoncent des déclarations de principe ou font longuement figurer dans leurs dispositions ce qui ne devrait être qu'un exposé de motifs*.

⁹ **Loi du 4 mars 2002**. L'article 3 de cette loi relative aux droits des malades dispose : *La personne malade a droit au respect de sa dignité*. Cet hommage n'a pas sa place au sein même de la loi.

¹⁰ **Confucius**, « Œuvres de Meng-Tzeu » (VII, I, 6) : *Il faut que l'homme ait honte de mal faire*.

¹¹ **Diodore de Sicile**, « Bibliothèque historique » (XII, 21) rapporte un texte qui, cette fois, s'efforçait heureusement de remplacer la sanction pénale par l'humour. *Voici les prescriptions de Zaleucos : Une femme libre ne devra pas être accompagnée de plus d'une servante, à moins qu'elle ne soit ivre ; ni sortir de la ville la nuit, à moins qu'elle n'ait un amant ; ni se parer de bijoux d'or ou de vêtements bordés de pourpre, à moins qu'elle ne soit une prostituée*.

121-1 - LA CODIFICATION DES LOIS. Est-il préférable que le législateur se borne à édicter des lois isolées, ou bien plutôt qu'il établisse un système répressif global¹? La première proposition est soutenue par une école dénigrant les « faiseurs de systèmes », c'est-à-dire à certains universitaires souvent trop éloignés des réalités quotidiennes².

Cette mise en garde ne doit pas être toutefois négligée ; mais, comme on a pu le voir sous l'Ancien droit, la solution pointilliste n'est pas non plus sans dangers. Une législation intervenant au coup par coup, à la va-vite³, est rarement satisfaisante : influencée par le cas d'espèce, la définition de l'infraction ne coïncide pas toujours avec celle dictée par le droit rationnel. Plus grave encore, sous l'effet du trouble causé par le crime la sanction est le plus souvent placée à un niveau trop élevé, et ne s'harmonise pas avec celles qui sont attachées aux infractions voisines.

C'est pourquoi il nous semble préférable de passer par la rédaction d'un Code pénal et d'un Code de procédure pénale réglant la vie sociale conformément à la Constitution⁴. Dès lors que son architecture d'ensemble aura été scrupuleusement tirée de la structure profonde de la matière et que son contenu n'aura pas été trop souvent retouché⁵, il offrira plus de cohérence entre les incriminations et plus d'harmonie entre les sanctions. Le législateur doit toutefois se garder de multiplier le nombre des Codes consacrés à telle ou telle matière, car les justiciables seront confrontés à la difficulté de rechercher les textes concernant leur cas dans une multitude de Codes ; tel est présentement le cas en France.

Au surplus, la solennité d'un Code impressionne plus les justiciables qu'une banale loi⁶. Or, la majesté d'un texte pénal a pour vertu de renforcer son effet préventif ; aussi est-il souvent présenté comme dicté au législateur par la Divinité révéérée par la population⁷. Ainsi Hamourabi proclamait que son Code lui avait été dicté par le Dieu-Marduk ; de même Moïse présenta le Décalogue comme une prescription de Yahvé⁸. Les Rois de France se

¹ **Rossi**, « Traité de droit pénal » Paris 1835 p.514 : *La question de la codification consiste à savoir si un système de droit national, développé successivement ; au fur et à mesure des exigences sociales, par quelques lois, mais essentiellement à l'aide des coutumes, de la doctrine des jurisconsultes et des précédents judiciaires, n'est pas préférable à un système de droit fondé directement par le législateur, moyennant un ensemble plus ou moins volumineux de lois écrites ; en d'autres termes par un Code... Les adversaires de la codification ont eu principalement en vue le droit civil.*

² **Rossi**, « Traité de droit pénal » p.519 : *Les codificateurs oublient trop souvent que leurs divisions systématiques, excellentes pour un livre, sont beaucoup moins utiles dans un Code ; que les délits ne se commettent pas, que les causes ne se présentent point dans l'ordre de leurs idées ; qu'un arrangement trop étudié dans le livre de la loi n'est même pas sans danger, car il est impossible de prévoir toutes les conséquences qu'on pourra tirer de cet arrangement.*

³ **Aristote**, « Éthique à Nicomaque » : *Une mauvaise loi est celle qui est faite à la hâte.*

⁴ **Code pénal espagnol** (Exposé des motifs) : *Un code pénal occupe une place prépondérante dans l'ensemble du corps des lois, à ce point que, non sans raison, il a pu être considéré comme une espèce de « Constitution en négatif ».*

⁵ **Mme Taubira**, ministre de la Justice (Ouest-France 27 septembre 2013) : *Notre Code pénal est devenu un brouillon incohérent.*

⁶ **Leclercq**, « Leçons de droit naturel » T.I, p.17 n°4 : *Quand le droit se différencie des traditions religieuses, il ne s'en sépare pas entièrement. L'idée reste qu'il dépend de principes qui lui sont supérieurs et auxquels il doit être subordonné.*

⁷ **Staune**, « Notre existence a-t-elle un sens ? » Paris 2007 p.32 : *André Comte-Sponville a montré d'une façon très convaincante que nous ne pouvions fonder nos valeurs et notre morale :*
- *ni sur l'homme (comme le pensent les humanistes matérialistes) car il est capable du pire ;*
- *ni sur la nature (comme le pensent les écologistes) car elle est amoral ;*
- *ni sur l'histoire (comme le pensent les marxistes) car elle ne possède pas un sens précis ;*
- *ni sur la science (comme le pensent les scientifiques) car elle ne peut traiter les questions de moralité ;*
Seule une transcendance peut leur servir de fondement.

⁸ **Bible**, Exode 20 : *Alors Dieu dit : Je suis Yahvé, ton Dieu... Tu ne tueras pas... Tu ne voleras pas...*

plaçaient sous l'autorité de Dieu¹. Encore aujourd'hui la loi américaine énonce « In God we trust » ; la Charia se réfère à Allah² et la loi française à l'Être suprême des francs-maçons³.

On a très longtemps conservé la loi pénale dans des lieux sacrés, comme les temples⁴; on l'y a même parfois gravée dans la pierre, sur les murs, comme à Gortyne en Crète. Les premières règles monastiques ont également été présentées comme des prescriptions de la Divinité⁵. De nos jours, on aurait plutôt tendance à procéder à des commémorations ; il en fut ainsi lors de l'émission de timbres-poste célébrant le bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

121-2 - LA LÉGISTIQUE. Depuis la parution de la 1^e édition de « La loi pénale », une nouvelle discipline s'est développée, avec une surprenante rapidité : la légistique⁶. Selon la définition qu'en donne Légifrance : « *Le guide de légistique a pour objet de présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs (lois, ordonnances, décrets, arrêtés)* »⁷. Les auteurs distinguent la légistique matérielle de la légistique formelle.

Ces dernières années de nombreux pays : Belgique, Luxembourg⁸, Suisse¹, ont rédigé des guides de législation. Nous ne nous y attarderons pas car leur objectif est infiniment

¹ **Louis XIV** (Lettres-patentes du 4 août 1688) : *Depuis notre avènement à la couronne, nous avons toujours regardé comme une de nos principales obligations, celle d'employer la puissance souveraine que Dieu a mise entre nos mains, à rendre nos sujets heureux ; et comme le bonheur des peuples dépend principalement d'une bonne administration de la justice, nous nous sommes particulièrement appliqué à y établir le bon ordre et à en réformer les abus...*

² **Code pénal du Maroc.** Dahir du 28 jourmada II 1382 (26/11/1962) portant approbation du Code pénal. LOUANGE A DIEU SEUL !

(Grand Sceau de S.M. Hassan II)

Que l'on sache par les présentes - puisse Dieu en élever et en fortifier la teneur !

Que Notre Majesté Chérifienne,

A décidé ce qui suit...

³ **Déclaration des droits de l'homme de 1789.** L'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen...

⁴ **Fustel de Coulanges**, « La cité antique » (III, XI) : *Le jour où l'on a commencé à mettre les lois par écrit, c'est dans des livres sacrés qu'on les a consignées, dans les rituels, au milieu des prières et des cérémonies... Plus tard, la loi est sortie des rituels, on l'a écrite à part ; mais l'usage a continué de la déposer dans un temple, et les prêtres en ont conservé la garde.*

⁵ **Première règle de St Pacôme.**

Au nom de la sainte Trinité - Règlement que l'ange du Seigneur recommanda à Abba Pacôme.

⁶ **Conseil d'État belge**, « Légistique formelle » (éd. 2001). Avant-propos : *Fréquentes sont les critiques relatives à la surabondance, au caractère inadapté, à la complexité ou à la rédaction défectueuse des textes législatifs et réglementaires. La vérité oblige à dire que toutes ne sont pas sans fondement. La légistique qui se donne pour objet d'aider à rédiger des textes qui puissent échapper à ces reproches.*

L'on distingue traditionnellement « la légistique matérielle » et « la légistique formelle ». Selon Morand, la légistique matérielle porte sur le système d'action que représente la législation : elle découpe le processus législatif en plusieurs phases et fournit à chacune de celles-ci des conseils méthodiques pour améliorer l'efficacité de la loi ; tandis que la logique formelle ou technique législative est celle qui analyse le système de communication et fournit des principes destinés à améliorer la compréhension des textes législatifs.

⁷ **Université de Genève** « La légistique en général ». La définition - *La légistique a pour objet d'exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation. Le terme de législation désigne ici tout acte général et abstrait émanant des pouvoirs publics (parlement, gouvernement, administration).*

⁸ **Besch**, secrétaire général du Conseil général luxembourgeois, « Traité de légistique formelle ». Avant propos : *Le but recherché par la technique législative consiste à améliorer la qualité des textes juridiques afin de les rendre plus accessibles et compréhensibles pour le citoyen. Le présent manuel pratique, qui est destiné en premier lieu aux auteurs de textes normatifs, se propose d'aborder tant des aspects formels, comme par exemple la structure des actes législatifs et réglementaires, que*

plus vaste que le nôtre, lequel est limité à l'élaboration des lois et décrets, voire des arrêtés, concernant le droit criminel, donc qui sont assortis d'une sanction pénale. On peut se faire une idée des Études de légistique en consultant leurs introductions et avant-propos ; mais il semble que leurs effets pratiques ne se soient pas encore fait sentir. Les jurisconsultes de l'Empire romain, tout à la fois théoriciens et praticiens, ne sont pas encore surclassés !

A - LES RÈGLES VISANT À L'EFFICACITÉ

122 - L'EFFECTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE. L'efficacité d'une loi protégeant un intérêt soit privé soit public ne se mesure pas au nombre de ses applications judiciaires, mais plutôt au fait que cet intérêt ne subit plus d'agressions. Une flotte anglaise venant de piller la ville de Morlaix, ses habitants obtinrent du Roi l'autorisation de construire le château du Taureau : depuis lors, aucune autre incursion ne fut à déplorer. Est-ce à dire que le fort avait été inutile, ou au contraire qu'il avait rempli son office ?

Pour qu'une loi soit efficace, c'est-à-dire atteigne le but que se sont fixé ses auteurs, elle doit respecter quatre règles : le principe d'économie (a), le principe de permanence (b), le principe de rationalité (c) et le principe d'applicabilité (d). On pourrait ajouter qu'une loi ne saurait produire tous ses effets que si elle est édictée au moment opportun².

a) Le principe d'économie

123 - LA NÉCESSITÉ DU PRINCIPE D'ÉCONOMIE. Ceux des juristes, théoriciens³, praticiens⁴ ou publicistes européens⁵ qui ont le plus soigneusement approfondi la science des lois, à la lumière des enseignements de l'histoire⁶, n'hésitent pas à placer au premier rang des préceptes de législation un principe d'économie¹.

des éléments juridiques de fond, tel le rappel de certains principes généraux du droit pénal. Tout en continuant à se baser sur les avis du conseil d'État luxembourgeois, sur la pratique administrative en la matière ainsi que sur nombre de recommandations pertinentes formulées dans la circulaire de légistique formelle du conseil d'État belge.

¹ **Office fédéral de la justice suisse**, « Guide de législation » (éd. 2002). *Ce Guide de législation ne s'adresse pas aux seuls juristes, responsables de la légalité des actes législatifs, mais à toutes les personnes qui prennent part à l'élaboration des actes législatifs au sein de l'administration, et avant tout aux collaborateurs chargés d'un texte législatif. Le Guide de législation a donc été conçu comme un moyen auxiliaire qui aborde les problèmes survenant en cours de procédure. Il constitue en quelque sorte la mémoire collective de la pratique législative et facilite la transmission de l'expérience acquise.*

² **Bautain**, « Philosophie des lois » (Paris 1860) p.360 : *De bonnes lois doivent être prescrites avec mesure et à propos ; c'est-à-dire qu'à la question de moralité s'ajoute toujours une question d'opportunité. Cette loi serait utile, faut-il la porter ? Pas toujours, parce que, ou elle ne serait pas comprise, ou elle ne serait pas appliquée. Le législateur doit sans cesse considérer les circonstances. Il faut savoir commander ou défendre à propos, afin que la loi, bien acceptée, ait toute son efficacité. Légiférer hors de saison, c'est exposer la loi à ne pas être observée, c'est le plus grand des malheurs ; car mieux vaut n'avoir pas de lois que d'en avoir d'inobservables ou inobservées.*

³ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » (Paris 1887), T.III p.23 : *Je vois dans le principe d'économie, pour ma part, une des lois vitales de la jurisprudence. Toute jurisprudence qui l'ignore, c'est-à-dire qui ne sait pas économiser les matériaux, est écrasée sous leur masse toujours croissante et succombe sous le poids de sa propre richesse.*

⁴ **Burgelin**, note sous Cass. 2^e civ. 27 -1- 1993 (D. 1993 190) : *A-t-on un jour mesuré ce que coûtait à la collectivité nationale -et aux justiciables- le temps passé par avocats et juges à appliquer et à interpréter des textes mal conçus dès l'origine ?*

⁵ **Brissot de Warville**, « Théorie des lois criminelles » T.I, p.26 : *La simplification, voilà la qualité par excellence de la législation. Malheur aux États dont la législation est compliquée ! C'est une machine surchargée de ressorts qui se nuisent par leur multiplicité, le désordre s'y introduit promptement.*

⁶ **Guizot**, « Histoire de la civilisation en France » T.II, p.250 : *Toutes les fois qu'à une époque quelconque vous verrez se multiplier les lois politiques et les lois de circonstances, tenez pour certain que le Gouvernement est en péril, qu'il a des ennemis et s'en défend, qu'il n'est pas occupé à jouer*

Ils se trouvent en parfait accord sur ce point avec les philosophes² de tous les pays³, avec les théologiens⁴ et avec les moralistes : « *Plus nombreuses sont les lois, disait Lao Tseu, plus les malfaiteurs pullulent* » ; les Romains avaient fait exactement le même constat : « *Corruptissima respublica, plurimae leges* ». Depuis des siècles on sait que l'excès des lois pénales affaiblit le système répressif qui a le malheur de tomber dans ce travers⁵ ; ne doivent être édictées que les textes à l'évidence nécessaires pour maintenir dans le droit chemin ceux qui ne tiennent pas compte de la loi morale⁶.

Or une récente étude avance pour la France le chiffre de 8.500 lois, 120.000 décrets et arrêtés, outre quelque 380.000 règlements, dont une grande partie concerne le droit pénal. Certains hommes politiques contemporains⁷ commencent à prendre conscients de ce mal⁸ et de ses dangers⁹. Cette avalanche de textes répressifs porte de surcroît atteinte au principe

purement et simplement son rôle public, qu'il ne s'inquiète pas principalement des intérêts sociaux, que ses intérêts personnels le dominent et l'entraînent.

¹ **Chou Hian** (légiste chinois, 536 av. J-C.) : *Quand un État est sur le point de périr, les réglementations s'y multiplient.*

² **Bacon**, « Œuvres » (Paris 1845) T.I, p.431 n°53 : *En prenant la peine de spécifier et d'exprimer chaque cas particulier en termes propres, on se flatte en vain de donner ainsi aux lois plus de certitude ; on ne fait au contraire qu'enfanter une infinité de disputes de mots... Il n'est point de pires filets que les filets des lois, surtout ceux des lois pénales, lorsque, leur nombre étant immense et le temps les ayant rendues inutiles, ce n'est plus une lanterne qui éclaire notre marche, mais un filet qui embarrasse nos pieds.*

³ **Filangieri**, « Œuvres » (Paris 1822), p.91 : *À peine un désordre se fait-il sentir dans une nation qu'aussitôt on voit apparaître une nouvelle loi. Elle n'a pour objet qu'un seul cas particulier, qui, avec deux ou trois mots de plus ou de moins, aurait pu être compris dans une loi antérieure : mais il semble que, par une destinée fatale, la marche de la législation doive ressembler à celle d'un homme qui court toujours devant lui, sans regarder un seul instant en arrière.*

⁴ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » (I-II, Quest. XCVI, art.6) : *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.*

⁵ **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV -Morale- (2^e éd.) p.124 n°103 : *Il faut que les lois ne soient pas trop nombreuses. En se multipliant par trop, elles risquent de devenir oppressives, d'entraver les bonnes volontés et de favoriser la fraude et l'intrigue, c'est-à-dire d'aller contre le bien commun qu'elles sont faites pour assurer.*

⁶ **Rigaux et Trousse**, « Les codes de police belges » (1938), T.I, p. 156 relatif à la réquisition des citoyens par les pouvoirs publics en cas de calamité naturelle : *Cette assistance constitue déjà une obligation morale prenant sa source dans le devoir qu'ont les citoyens de concourir à la réalisation du bien général. Mais il fallait compter sur l'indifférence et sur l'égoïsme des hommes... C'est pourquoi le Code pénal a transformé cette obligation morale en une obligation juridique sanctionnée par une peine.*

⁷ **Rapport du Sénat** (2010-2011) : *Évalué à 400.000 par l'Association des maires de France, le nombre de normes techniques que les élus sont censés faire appliquer (et donc connaître) a largement franchi le seuil de l'overdose : les prescripteurs ont dépassé la dose prescrite.*

⁸ **P. Mazeaud**, député, en 1993 : *Nous légiférons beaucoup trop et donc mal ; que le Gouvernement nous envoie le moins possible des textes, et des textes généraux. Les dispositions du Code pénal sont d'application générale ; il n'y a pas lieu de créer un délit particulier pour chaque situation.*

⁹ **J. Foyer**, Intervention lors des journées d'études de janvier 1995 (Droit pénal avril 1995, suppl.), après avoir cité Tacite écrivant que *le foisonnement des lois corrompt la république : La loi pénale foisonne véritablement à l'époque contemporaine, on en fait, on en refait, on réécrit des textes existants, alors qu'il serait préférable de réfléchir quelques minutes avant de se lancer dans de telles innovations.*

de la responsabilité subjective, puisque, hormis peut-être quelques spécialistes, nul juriste¹ nul justiciable ne peut plus prétendre connaître l'ensemble de nos lois pénales².

Les droits primitifs transforment en loi tout jugement notable rendu sur un cas d'espèce. Pour un législateur éclairé la règle d'or consiste, au contraire, à s'en tenir aux catégories générales, abstraites et impersonnelles³, et à se garder d'édicter un texte nouveau à partir de chaque procès qui vient de se dérouler⁴. Contrairement à ce qu'il semble croire lorsqu'il s'efforce d'envisager toutes les situations pouvant survenir, le Parlement ne facilite pas la tâche des magistrats répressifs⁵ ; bien au contraire il la leur complique en rendant douteuse la qualification des faits reprochés⁶. Une commission nommée par un czar, avec mission de remédier aux faiblesses de la justice, releva que depuis le Code de 1649, pas moins de 35.000 lois avaient été publiées ; elle n'en conclut pas moins à l'insuffisance de textes⁷ !

Avant d'entrer dans le détail, et pour nous inciter à l'humilité, il nous semble opportun de méditer cette observation de Portalis, maître d'œuvre du Code civil dit Code Napoléon : « *L'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace d'un siècle* ».

Connu depuis des siècles sous le nom de « rasoir d'Occam »⁸, le principe d'économie s'applique à tous les niveaux : économie de vocabulaire, économie de notions et économie de textes. Mais il invite d'abord à ne se tourner vers le droit criminel qu'en cas de nécessité⁹, lorsque les sanctions civiles et disciplinaires apparaissent manifestement

¹ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.350 n°143 : *On a connu dans l'histoire du droit la difficulté de connaître la loi applicable au temps où elle n'était pas écrite. Nous connaissons une difficulté opposée, celle de la connaître au milieu de tant de textes.*

² **Moreau** (Le droit qui passe – « Mélanges Sainte-Rose »), p.1074 : *L'inflation législative emporte, et de plus en plus, de graves contradictions dans l'ordre juridique, la confusion découle de la profusion.*

³ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.355 n°145 : *Le législateur devrait se garder d'introduire dans le texte légal des dispositions infimes, de prévoir toutes les actions et réactions des hommes, toutes les formes des choses.*

⁴ **Mommsen**, « Le droit pénal romain » T.II, p.375-376 : *L'habitude de rédiger les lois sous forme de solution de cas particuliers masque et altère les notions fondamentales.*

⁵ **Bacon** l'avait bien souligné : *En prenant peine à spécifier et à exprimer chaque cas particulier en termes propres et convenables, on se flatte en vain de donner ainsi aux lois plus de certitude ; on ne fait au contraire par cela même qu'enfanter une infinité de disputes de mots.*

⁶ **Chartier**, « La Cour de cassation et l'évolution du droit » (Gaz.Pal. 21 mai 1994, p.8-9) : *Plus la loi est longue, plus elle est rigide. En entrant dans les détails, en voulant tout régler par avance au lieu de se contenter de poser fermement les principes, le législateur, loin de faciliter la tâche du juge, la complique ; il multiplie les sources de contentieux, paralyse une interprétation pourtant nécessaire à résoudre des situations qu'il n'a pu prévoir par avance. Rapidement obsolète, la loi doit être modifiée, et ainsi se développe un cycle infernal.*

⁷ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » T.I p.41 : *La vie a de si inépuisables combinaisons, que la casuistique la plus riche d'un code paraîtrait toujours mesquine en présence de ses espèces toujours renouvelées. Au contraire avec un petit nombre d'éléments systématiques et logiques nous pouvons résoudre chaque cas qui se présente. Je pourrais appeler cette structure, l'alphabet du droit. Le rapport qui existe entre un code conçu casuistiquement et un droit réduit à sa forme logique est le même qui existe entre la langue chinoise et la nôtre. Un code casuistique contient une foule de signes pour des cas particuliers déterminés ; un droit réduit à ses éléments logiques nous offre au contraire un alphabet du droit, au moyen duquel nous pouvons déchiffrer toutes les modalités nouvelles de la vie, si extraordinaires qu'elles puissent être.*

⁸ **Guillaume d'Occam** : *Pluralitas non est ponenda sine necessitate. Frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora.* Ce que l'on peut traduire par : *Il est préjudiciable d'utiliser un grand nombre de notions, là où un petit nombre suffirait.*

⁹ **Déclaration des droits de l'homme** de 1789, art. 8 : *La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires.*

insuffisantes¹. En outre, dans un souci d'efficacité, un Code pénal doit viser les seules incriminations qui protègent les intérêts majeurs, ou qui répriment les agissements les plus graves² ; nous approfondirons ce point dans la première partie lorsque nous étudierons la distinction entre incriminations pénales et prescriptions de police.

124 - L'ÉCONOMIE DE MOTS ET DE PHRASES. Le Code de 1810 avait défini le délit de vol comme le fait de « soustraire » frauduleusement le bien d'autrui et le délit de maraudage comme le fait de « dérober » quelques fruits dans les champs et vergers : il fallut un demi-siècle de débats judiciaires pour établir que dérober équivalait à soustraire et que, par suite, le maraudage ne constitue qu'une forme mineure du vol³. Par cet exemple on voit qu'employer deux mots différents pour désigner une seule et même réalité fait naître un doute sur leur sens exact ; de ce doute vont surgir des controverses qui rendront un temps le texte litigieux sujet à controverses et freineront les procès répressifs.

De même, l'article R.30 7° du Code pénal de 1810 incriminait le fait de laisser divaguer un animal « malfaisant et féroce »⁴. La formule a donné lieu à de longues discussions. S'agissant tout simplement d'une incrimination de mise en danger d'autrui, n'aurait-il pas été plus efficace de parler d'animal dangereux ? C'est ce qu'a sagement fait le nouveau Code pénal, dans son article R. 622 2⁵.

Ce dernier Code n'est toutefois pas exempt de tout reproche. Pour s'en tenir à un seul exemple, on peut évoquer les dix circonstances aggravantes attachées aux différentes incriminations de coups et blessures : répétées six fois en onze articles, elles encombrèrent trois pages, alors qu'une demi page aurait suffi.

125 - L'ÉCONOMIE DE NOTIONS ET DE CATÉGORIES. Tenu d'user de termes généraux et abstraits, le législateur est tenté de se tourner vers les notions philosophiques de base. Or ces notions recèlent des pièges, car elles ont été élaborées du point de vue de la morale, et non en considération des techniques du droit judiciaire. De surcroît, leur sens varie selon les vues propres à chaque école. Si leur nombre et leur variété permettent d'affiner l'analyse théorique, en contrepartie leur subtilité conduit à des textes obscurs, souvent difficiles à comprendre pour les justiciables et délicats à appliquer par les

¹ **Warée**, « Curiosités judiciaires » (Paris 1859) : *Un législateur, est-il dit dans un apologue oriental, voulut faire prendre une forme nouvelle à l'État. Pour le tirer plus promptement de la crise douloureuse où il était, il multiplia les lois.*

Dans ces entrefaites, il tomba malade ; son médecin lui ordonna différents remèdes à la fois.

- *Pourquoi une si grande quantité ? lui dit le malade.*

- *C'est pour rétablir votre santé plus promptement.*

- *Mais parmi ces remèdes, reprend le malade, les uns bloqueront l'effet que pourraient avoir les autres !*

- *Pardonnez moi, répond le médecin, je crois qu'en effet j'ai eu tort ; mais c'est que je voulais traiter votre maladie comme vous traitez celle de l'État.*

² **Commission de réforme du droit du Canada** (document n°54 p.25) : *Si le rôle du droit pénal est de réaffirmer les valeurs fondamentales, il doit donc s'occuper uniquement des « crimes véritables » et non de la pléthore « d'infractions réglementaires » qu'on trouve dans les lois. Notre Code criminel ne devrait contenir que des actions qui sont non seulement punissables mais aussi mauvaises, des actions qui vont à l'encontre des valeurs fondamentales.*

³ **Crahay**, « Les contraventions de police » (Bruxelles 1874) p.369 : *Nous avons déjà dit que le maraudage est au vol comme l'espèce est au genre... Et nous avons vu les conséquences pratiques qui découlent de ce principe, que le maraudage appartient à la catégorie des vols.*

⁴ **Cass.crim.** 19 mars 1992 (Bull.crim. n°120 p.317) : *L'animal qui se jette spontanément sur les personnes pour les mordre est malfaisant ou féroce.*

⁵ **Laur** (Juris-classeur pénal). Art. R.622-2 : *L'art. R.622-2 concernant tout animal susceptible de présenter un danger pour les personnes, on peut raisonnablement admettre que les animaux malfaisants ou féroces visés par l'ancien art. R.30-7 sous le vocable utilisé par la nouvelle codification.*

tribunaux¹. S'il veut éviter ces effets négatifs, le législateur doit s'en tenir à des notions dont la mise en œuvre est compatible avec les techniques régissant le procès pénal ; il ne faut en effet jamais oublier que les règles de procédure sont préalables aux règles de fond.

De très subtiles distinctions ont été opérées entre les notions de responsabilité, de culpabilité, d'imputabilité ou d'implication, de volonté d'accomplir un acte de violence ou de volonté de nuire à autrui, d'intention criminelle, d'intention coupable ou d'intention méchante. Pour la banale faute, ne distingue-t-on pas entre faute simple, faute par inobservation des règlements, faute délibérée, faute inexcusable, faute de mise en danger !

Pourtant les règles qui commandent l'instruction criminelle dans son ensemble permettent de trier les notions philosophiques. Ainsi, le principe voulant que le juge soit saisi de faits concrets invite le législateur à privilégier la notion de responsabilité morale découlant des actes matériels accomplis par un prévenu. De même, le principe faisant peser la charge de la preuve sur l'accusation conduit à distinguer entre ce que doit établir le procureur de la République (existence d'une infraction commise par une personne adulte), et ce que la défense peut être amenée à prouver (existence d'un fait justificatif ou d'une cause de non-imputabilité).

126 - L'ÉCONOMIE DE LOIS ET DE CODES. Dans son discours de présentation du Code Napoléon, Portalis a fermement souligné cette règle fondamentale qu'*il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires*. Ce principe a été expressément rappelé par certains législateurs². Dans l'Ancien droit les Rois légiféraient avec prudence, en sorte que leurs ordonnances étaient nommées seulement par le mois, l'année et le lieu de leur adoption³.

On sait effectivement depuis longtemps⁴ que, plus les lois sont nombreuses, plus leur autorité s'affaiblit⁵. La doctrine moderne⁶ a souligné que les conséquences de l'inflation législative se produisent à la fois sur le plan social, en entravant le bon fonctionnement des

¹ **Jean-Luc**, (Le juge d'instruction... - Gaz.Pal. 1987 II doct.796) : *Pourquoi faire systématiquement compliqué lorsque l'on peut faire simple ? C'est le drame actuel de notre civilisation et du législateur. Dans le fatras actuel, le juge se perd et le délinquant s'y retrouve.*

² **Code de droit canon**. Canon 587, relatif aux codes ou constitutions de chaque institut : *Dans ces codes, les éléments spirituels et juridiques seront bien harmonisés ; mais les règles ne doivent pas être multipliées sans nécessité.*

³ **Ordonnance criminelle d'août 1670** (Louis XIV) : *Les grands avantages que nos sujets ont reçu des soins que nous avons employés à réformer la procédure civile... nous ont porté à donner une pareille application au règlement de l'instruction criminelle qui est d'autant plus importante, que non seulement elle conserve les particuliers dans la possession paisible de leurs biens, ainsi que la civile, mais encore elle assure le repos public, et contient par la crainte des châtimens ceux qui ne sont par retenus par la considération de leur devoir. [en plus de trois siècles, le texte est toujours aussi limpide]*

⁴ **Montaigne**, « Essais » III-13 : *L'opinion de Justinien ne ma plaît guère qui pensait par la multitude des lois brider l'autorité des juges... Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers, et à y attacher cent mille lois ?*

⁵ **Commission de réforme du droit du Canada** (document n° 54) p.25 : *Si le rôle du droit pénal est de réaffirmer les valeurs fondamentales, il doit donc s'occuper uniquement des « crimes véritables » et non de la pléthore des « infractions réglementaires » qu'on trouve dans les lois.*

⁶ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.320 n°128 : *La multiplication des délits, la difficulté de les découvrir, l'hésitation à les poursuivre... compromettent le caractère obligatoire de la loi.*

Page 350 n°143 : *On a connu dans l'histoire du droit la difficulté de connaître la loi applicable, au temps où elle n'était pas écrite. Nous connaissons une difficulté opposée, celle de la connaître au milieu de tant de textes.*

Page 409 n°173 : *Plus grande est l'abondance des lois et la minutie des règles, plus se développe un esprit de désobéissance qui prend la figure, candide de l'ignorance, ou arrogante du mépris. Le Pouvoir politique n'inspire plus le respect, ni ses actes d'admiration. Certaines règles sont si naïvement inutiles ou inapplicables qu'elles provoquent la moquerie.*

services judiciaires¹, et sur le plan individuel, en créant pour les citoyens une difficulté croissante d'accès aux textes qu'ils sont censés respecter². La multiplication des codes³, des lois, des décrets, des règlements et arrêtés de toutes sortes présente un double caractère antidémocratique et suicidaire⁴. Cette tentation à laquelle cède d'un gouvernement enivré par son pouvoir est dénoncée depuis des siècles⁵; le législateur français contemporain semble battre tous les records d'empilement de textes inconséquents : à peine un texte a-t-il été voté, et avant même d'avoir été appliqué, il se trouve modifié à plusieurs reprises⁶. Les tribunaux sont submergés par ce déferlement de lois, alourdissant les procédures⁷ : en renforçant les droits de la défense, on a ouvert la voie aux procédures dilatoires.

Par exemple, le délit d'abus de la faiblesse d'autrui est incriminé tant par l'article 313-4 du Code pénal que par l'article L.122-8 du Code de la consommation. De même, l'homicide par maladresse, imprudence, inattention ou négligence, est incriminé tant par les articles 221-6 et suivants du Code pénal que par l'article L.2242-3 du Code des transports. Ces doublons sont de nature à compliquer inutilement les procédures.

Le record en la matière est constitué par les articles 433-18-1 et R.645-4 du Code pénal (en son état en 2016) qui incriminent tous deux « le fait, pour une personne ayant assisté à un accouchement, de ne pas en faire la déclaration prescrite par l'article 56 du Code civil... » : le premier punit cette abstention de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 3.750 €, alors que le second punit cette même abstention de l'amende qui est prévue pour les contraventions de la 5^e classe. Est-il loisible au ministère public de choisir celui de ces deux textes qu'il entend voir appliquer ? Sans doute pas, puisque le prévenu est assurément en droit d'invoquer la disposition qui lui est la plus favorable !

¹ **E.S. de la Marnierre**, « Éléments de méthodologie juridique » (Paris 1976) p.40 : *Une législation doit demeurer économe et n'admettre les créations et les réformes, qui sont toujours sources de difficultés d'application, de litiges et de dépenses, qu'autant qu'il soit établi que le résultat souhaité ne peut être atteint d'une autre manière.*

² **Bibaud**, « Essai de logique judiciaire » (Montréal 1853) : *Un vice des législations modernes, c'est d'être trop spéciales et trop détaillées.*

³ **Fr.Terré**, (Dossiers de la Semaine juridique, février 1996 p.49) : *La frénésie administrative et mandarinale aidant, on observe aujourd'hui un pullulement des codes, qui s'ajoute au pullulement des règles beaucoup plus qu'il ne le canalise ou ne remédie à ses défauts. De toute évidence, il y a là un signe de régression du droit.*

⁴ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel », T.I : *En bien des domaines sur le droit pénal général. La synthèse élaborée par les grands pénalistes classiques est en train de se diluer dans les analyses particularistes. Ce n'est sûrement pas la marque d'un grand siècle juridique. La prédominance des règles d'exception sur les règles de principe dans une législation n'est, ni un signe de santé, ni un signe de sécurité pour les justiciables.*

⁵ **Chancelier Bacon** « Traité sur la justice universelle » : *En prenant la peine de spécifier chaque cas particulier en termes propres, le législateur se flatte en vain de donner aux lois plus de certitude ; il ne fait au contraire qu'engendrer une infinité de disputes de mots.*

⁶ **Jeandidier**, « Mélanges Philippe Merle – Un échantillon de malfaçons textuelles en droit des affaires » p.377 : *De nombreux observateurs ne cessent, depuis déjà plusieurs décennies, la déplorable qualité des textes juridiques contemporains. Les causes de ce phénomène affligeant – tout particulièrement en matière pénale où les enjeux sont les plus graves – sont bien connues : l'inflation législative et réglementaire, l'incompétence dramatique des rédacteurs imbus de technocratie et de démagogie...*

⁷ **Ortolland**, « Comment prévenir le crime » (Paris 1988) p.109 : *Les juridictions pénales subissent elles aussi ces excès de législation... Rien d'étonnant qu'on lise dans le rapport de la Cour de cassation pour 1984 : « Le nombre des pourvois contre les arrêts des chambres d'accusation a considérablement augmenté. De nombreux textes ont été adoptés ces dernières années, multipliant les délais impartis aux juridictions d'instruction, aux juridictions de fond et à la Cour de cassation, et rendant la procédure d'une telle complexité qu'il paraît souhaitable qu'une simplification législative intervienne pour éviter l'asphyxie des juridictions. »*

La presse se fait de plus en plus souvent l'écho d'erreurs de procédure qui profitent à des criminels.

Dans le fatras des textes inutiles, en voici un, insignifiant mais révélateur. Après avoir indiqué que le numéro d'immatriculation d'une automobile doit être reproduit de manière apparente à l'avant comme à l'arrière du véhicule sur une plaque adéquate, un arrêté du 1^{er} juillet 1996 précise que la face de cette plaque qui porte le numéro d'immatriculation doit être tournée vers l'extérieur. Cet article s'imposait-il vraiment ? Pourquoi ne pas en prendre un autre disposant que les lettres et chiffres doivent être portés de gauche à droite ?

La méconnaissance par le législateur du principe d'économie de vocabulaire, de notions et de textes se paye au prix fort¹. En l'an 536 av. J-C. déjà, le légiste chinois Chou-hian écrivait : *Quand un État est sur le point de périr, les réglementations s'y multiplient.*

S'il est vrai que le plus grand nombre de ces lois superflues n'ont qu'une vie éphémère ; cette évanescence ne constitue pas un avantage mais un second inconvénient.

b) Le principe de permanence

127 - LA NÉCESSITÉ DE LA PERMANENCE DE LA LOI. Le deuxième précepte de législation pénale consiste en une exigence de permanence de la loi². Ce principe a été affirmé dès l'Antiquité³ ; il l'a été aussi par la doctrine chinoise classique, qui enseignait : *Les lois sont les règles invariables et persistantes qui doivent être suivies par chacun.* Certains moralistes⁴, quelques mémorialistes⁵ et nombre de grands juristes contemporains observent encore que l'autorité de la législation s'accroît avec son ancienneté⁶, mais que son prestige s'affaiblit plus la durée de vie de chaque loi s'amenuise⁷.

S'il en est ainsi, c'est parce qu'une loi doit reposer sur des principes tellement liés à la nature profonde de l'homme qu'elle revêt de ce fait même un caractère immuable⁸.

¹ **G. Le Bon**, « Psychologie du socialisme » III-VI-2 : *Le prodigieux besoin de réglementation*, que nous connaissons aujourd'hui, ne semble pas nouveau dans l'histoire. Il a été constaté déjà chez plusieurs peuples, les Romains et les Byzantins notamment, aux époques de basse décadence ; et il a dû contribuer notablement à hâter cette décadence.

² **Hérodote**, « Histoires » I-29 : *Les Athéniens s'étaient engagés, par serment, à appliquer pendant dix ans au moins les lois que Solon leur imposerait.*

³ **Fustel de Coulanges**, « La cité antique » (III, XI) : *En principe la loi était immuable, puisqu'elle était divine. La pierre où la loi était gravée était inviolable ; tout au plus les moins scrupuleux se croyaient-ils permis de la retourner.*

⁴ **Vittrant**, « Théologie morale » (25e éd.) p.27 n°36 : *Seules les obligations stables qui s'imposent soit à toute l'humanité, soit au moins à une société complète, dérivent d'une véritable « loi ».*

⁵ **Garcillasso de la Vega**, « Histoire des Incas » (éd. Paris 1820) T.I, 192 : *Quelques lois que les Incas voulussent établir, ils les attribuaient toujours au premier Inca, Manco Capac. Ils disaient qu'il les avaient toutes fondées ; qu'il avait mis les unes en usage, et qu'il n'avait laissé qu'une ébauche des autres, afin que ses descendants y apportassent les derniers traits, quand il en serait temps.*

⁶ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.2 n°1 : *La longue durée des lois en assure l'observation machinale parce que l'habitude crée la soumission volontaire. La règle de droit devient avec le temps règle de vie.*

P.317 n°127 : *La technique fondamentale ne suppose pas seulement la généralité de la règle, elle postule aussi sa permanence. Une loi ne doit pas être faite seulement pour les actes et les faits qui se produiront dans les quelques jours ou mois après sa promulgation. Destinée à régler la conduite des hommes, elle atteint l'avenir.*

⁷ **Jeandidier**, « Mélanges Philippe Merle – Un échantillon de malfaçons textuelles en droit des affaires » p.378 : *Il y a aujourd'hui une véritable pathologie de la réforme qui finit par rendre l'étude et la pratique du droit déprimantes ; toute nouvelle édition d'un ouvrage est très vite dépassée, souvent dès sa sortie en librairie. La course à l'actualité est perdue d'avance.*

⁸ **Moreau** (Le droit qui passe – « Mélanges Sainte-Rose »), p.1071 : *Pour chacun le temps passe, inéluctablement. Pourtant, en bonne logique, le droit ne devrait pas passer : ordonnant le présent afin de préparer l'avenir, assurant les prévisions des sujets de droit, les règles juridiques doivent présenter une stabilité, une permanence qui est une première justice due au citoyen qui entend user de sa liberté d'action... Le droit est pour le justiciable... le balancier lui permettant de progresser pour demain.*

Cela s'observe aussi bien pour les lois de fond que pour les lois de procédure. La liste des intérêts protégés et des agissements prohibés par les textes répressifs n'a que peu varié au cours des siècles¹ ; les techniques procédurales convenables sont si peu nombreuses que les changements salutaires ne sauraient résulter que d'aménagements successifs². La loi du 4 janvier 1993, substituant « la mise en examen » à « l'inculpation », constitue l'exemple type du texte de circonstance, édicté dans un intérêt catégoriel, qui porte atteinte à la crédibilité des lois et entraîne nombre de regrettables complications judiciaires.

Le simple fait de sa pérennité renforce le prestige d'une loi, apporte un sentiment de stabilité et suscite un climat de paix sociale³. L'instabilité législative, en revanche, crée un doute sur la majesté⁴ de la loi⁵, provoque le désordre des esprits⁶ et engendre des débats juridiques défavorables à l'ensemble du système⁷. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, une loi de style obsolète peut conserver son autorité morale et bénéficier de plus de prestige qu'un texte tout frais repeint : quand mon médecin a prêté le serment d'Hippocrate devant le « divin Apollon », il a eu le sentiment de faire son entrée dans une corporation honorable. D'expérience, tout imparfait qu'il soit, un Code pénal quelque peu suranné mais

¹ **Marc-Aurèle**, « Pensées pour moi-même » X-27 : *Tous les événements qui se produisent maintenant se sont produits identiques autrefois, et ils se produiront de nouveau. Tous les drames, toutes les scènes que tu as personnellement connus, ou dont tu as connaissance par les récits anciens, place les devant tes yeux... Tous ces spectacles sont toujours les mêmes ; ils changent seulement d'acteurs.*

² **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV -Morale- p.124 n°103 : *Les lois positives doivent être stables. Elles sont établies pour le bien public et prescrivent l'emploi de certains moyens généraux. Or le bien public reste toujours le même et les moyens de le réaliser ne changent qu'avec une certaine lenteur.*

³ **Thucydide**, « Guerre du Péloponèse » III, XXXVII, 3 : *Le risque le plus redoutable serait de n'avoir rien de fixe dans nos décisions, de ne pas voir que des lois imparfaites mais immuables rendent une cité plus forte que des lois bien faites mais dépourvues d'autorité propre.*

⁴ **Sertillanges**, « La philosophie des lois » p.63 : *Une loi ne se fait pas pour un jour. Il y a au contraire intérêt à ce que son règne soit long, et le législateur doit bien se garder d'y apporter des modifications toutes les fois qu'il entrevoit quelque chose de meilleur à établir. On irait ainsi au désarroi de l'opinion et au désordre dans les affaires... Tout changement apporté à une loi, en tant qu'il rompt l'accoutumance, affaiblit le pouvoir légal.*

⁵ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » I-II Quest.97 art.2 : *La modification de la loi, en tant que telle, nuit quelque peu au salut commun. Car pour assurer l'observation des lois, l'accoutumance a une puissance incomparable... C'est pourquoi, lorsque la loi est changée, la force coercitive de la loi diminue dans la mesure où l'accoutumance est abolie. C'est pourquoi on ne doit jamais modifier la loi humaine, à moins que l'avantage apporté au bien commun contrebalance nettement le tort qui lui est porté de ce fait.*

⁶ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.30 n°10 : *L'ordre et la paix supposent l'existence de lois qui par leur nature doivent être stables ; et ils sont d'autant mieux assurés que cette stabilité est plus grande.*

Page 183 n°73 : *La succession rapide de lois permissives ou prohibitives crée le désordre dans les esprits... Un jour la détention de l'or est jugée coupable, et quelques années après le commerce de l'or est officiel. Comment le détenteur de pièces d'or pourrait-il se sentir coupable de ne pas obéir à une loi qui changera demain.*

⁷ **J.Foyer**, « Le dévoiement pénal » (Droit pénal 4 avril 1995, supplément) p.1 : *Dès lors que l'on conserve une infraction et que l'on rédige le texte en termes différents, on s'expose à voir immédiatement les commentateurs d'abord, les praticiens ensuite, soutenir que le texte nouveau ne veut plus dire exactement ce que disait le précédent. Or je ne pense pas qu'il soit heureux de changer les lois lorsque ce n'est pas nécessaire.*

stable apparaît préférable à un recueil aux feuillets mobiles¹ dont il est impossible de rendre compte dans des ouvrages qui sont dépassés avant même d'avoir pu être publiés !²

128 - LES LIMITES DE LA PERMANENCE DE LA LOI. Il est bien sûr exclu que, au seul motif de la pérennité de la loi, un État s'interdise toute activité législative : une telle attitude conduirait à figer la société, à lui interdire tout progrès et même à l'engager sur la pente du déclin (l'obstruction systématique des Parlements aux réformes heureuses tentées par Louis XVI constitua l'une des causes de la Révolution). Il s'impose que le législateur, d'une part réglemente les situations de fait nouvelles, d'autre part abroge les lois désuètes qui alourdissent l'ensemble du corpus³. Une autre cause de la chute de l'Ancien régime peut être recherchée dans le maintien inconsidéré de textes manifestement dépassés : ainsi, sous le règne de Louis XV, il aurait été incongru d'invoquer, quoiqu'étant encore officiellement en vigueur, les Capitulaires de Charlemagne faisant de l'adultère un crime capital.

À l'inverse, des bouleversements législatifs incessants produisent un effet dévastateur qui alarme depuis longtemps⁴ les juristes⁵ et les esprits⁶ les plus réfléchis. C'est pourquoi, des peuples anciens ont soumis la proposition d'une loi nouvelle à des conditions strictes⁷. Si la sagesse nous invite à poursuivre l'amélioration de la loi pénale, elle nous conduit également à nous méfier d'une recherche effrénée de la nouveauté⁸. Or, depuis peu on a vu resurgir le démon du changement pour le changement⁹, et la recherche systématique du

¹ **Aristote**, « Politique » (II, 22-23) : *Il faut changer certaines lois en certaines circonstances, mais ce changement semble demander beaucoup de prudence. Quand l'amélioration est faible, et comme c'est un mal d'habituer les hommes à abroger les lois à la légère, il est clair qu'il faut tolérer quelques erreurs à la fois des législateurs et des gouvernants.*

² **Labbé**, (Suicide pour tous – Gaz.Pal 20 /2/ 2013) : *Aujourd'hui, c'est ainsi : à peine une loi a-t-elle été votée qu'il faut la remettre en chantier... et cela avant même qu'elle ne soit réellement expliquée et mise en œuvre en pratique.*

³ **Bentham**, « Théorie des peines et des récompenses » (3^e éd., T.I p.434), observe que, de son temps, la peine de la félonie comprenait l'apposition de la marque « T » imprimée au fer chaud sur le gros du pouce gauche. Mais cette partie de la punition est devenue une farce. A présent l'usage est encore d'employer le fer, mais il est froid : on touche sans brûler, il n'y a pas de marque. Le juge préside à cette parodie de la loi ; personne ne se plaint, beaucoup de gens approuvent : c'est de l'humanité ; mais il n'en demeure pas moins que la loi est éludée.

⁴ **Denisart**, « Collection de jurisprudence » (Paris 1768) : *Toutes les nouveautés sont suspectes, et le plus souvent dangereuses par leurs conséquences. L'évidence de leur utilité peut donc seule autoriser à détruire ou changer ce qui a paru pour juste dans un long temps.*

⁵ **J.Foyer**, Intervention lors des journées d'études de janvier 1995 (Droit pénal avril 1995, suppl.) : *Je ne pense pas qu'il soit heureux de changer les lois lorsque cela n'est point nécessaire. C'est néanmoins ce qui se passe avec une frénésie uniformément accélérée depuis un certain nombre de décennies.*

⁶ **Pascal**, « Pensées » III, 17 : *L'art de bouleverser les États est d'ébranler les coutumes établies.*

⁷ **Diodore de Sicile** rapporte l'anecdote suivante : *Charondas de Catane avait observé que ceux qui proposaient de réviser les lois étaient si nombreux que l'on aboutissait à une corruption des lois. Il institua en conséquence une loi tout à fait originale : quand on voulait faire réviser une loi on devait, en déposant sa proposition, se présenter le cou passé dans un nœud coulant et rester ainsi jusqu'à décision du peuple. Si l'assemblée acceptait la nouvelle rédaction, son auteur était quitte ; mais si elle la rejetait, il était immédiatement étranglé.*

⁸ **Portalis**, « Discours de présentation du Code civil » (1803) : *Ne nous y trompons pas, citoyens législateurs, une nouveauté hardie n'est souvent qu'une erreur brillante dont l'éclat subit ressemble à celui de la foudre qui frappe le lieu même qu'elle éclaire. Gardons-nous de confondre le génie qui crée, avec l'esprit novateur qui bouleverse ou dénature.*

⁹ **Lecomte du Noüy**, « L'homme et sa destinée » p.4 : *Une idole étrange est née, et un véritable fétichisme s'est emparé de la foule : le culte de la nouveauté.*

paradoxe¹. Ne parle-t-on pas actuellement de « lois à l'essai » ? Comme s'il était légitime d'expérimenter une idéologie sur des êtres humains² !

Les conséquences néfastes de telles pratiques menacent notre civilisation³ ; en effet elles ne se manifestent pas seulement sur le plan social, en favorisant la délinquance, mais aussi sur le plan économique⁴ et sur le plan scientifique. L'abrogation du Code pénal de 1810 a fait entrer Ortolan, Garraud, Garçon et André Vitu, dans la galerie des ancêtres que l'on vénère, certes, mais qu'on ne consulte plus guère, aux côtés des Jousse et Muyart de Vouglans ; il nous faudra pourtant attendre des décennies pour retrouver des pénalistes de cette qualité. Je comprends bien mieux aujourd'hui que lorsque j'étais étudiant, cette apostrophe de Montaigne : « *Je suis dégoûté de la nouvelleté* » (Essais, I, 22)⁵.

L'essence de la loi réside dans sa durée, dans sa stabilité, dans sa pérennité, non dans une sorte de mouvement perpétuel⁶. Avant de modifier un texte, le Parlement doit s'interroger sur le point de savoir si le gain escompté ne risque pas d'être annulé, d'abord par l'affaiblissement de l'autorité générale de la loi⁷, ensuite par les difficultés d'application qui vont nécessairement survenir. Tout changement de loi doit être préparé, discuté et effectué d'une main prudente : le temps ne respecte pas les lois votées à la hussarde pour satisfaire tel ou tel groupe de pression⁸. De plus il apparaît souhaitable de s'efforcer d'améliorer les lois pendant une période paisible⁹ ; c'est ce que conseillait déjà Aristote.

¹ Proal, « Le crime et la peine » (4^e éd.), p.264 et 536 : *Dans les sciences morales, on a remplacé la recherche de la vérité par la recherche de la nouveauté... Or les vieilles vérités morales restent toujours jeunes, parce qu'elles sont éternelles ; tandis que les nouveautés paradoxales, même revêtues d'apparences scientifiques, vieillissent vite.*

² Ripert, « Les forces créatrices du droit » p.66 n°24 : *On n'a pas le droit de faire des expériences en légiférant. Ce sont des fantaisies législatives qui font trop de mal.*

³ Terré, (Lettre du Juris-classeur de juillet 1995) parle d'une crise profonde, voire d'une décadence accélérée de notre civilisation... *La dissolution des mœurs ne provient pas seulement de l'esprit de lucre, mais aussi d'une législation maladroite.*

⁴ Champaud, (Lettre du Juris-classeur de juillet 1995) s'est penché sur « La portée économique de la réforme permanente des textes » : *Les coûts normalement induits au plan social par l'inflation législative et réglementaire sont de natures très diverses... En premier lieu vient la croissance du coût de la science juridique ; les budgets « conseils » ont subi de ce fait une constante inflation... En second lieu vient le coût de l'ignorance générée par l'imprévisibilité de la règle applicable et par la complexité de textes pléthoriques et imparfaits. L'inflation du contentieux accompagne celle des lois... Mais les coûts les plus importants, et les plus odieux sans doute, sont ceux qui proviennent des effets pervers de textes de circonstance, adoptés sans maturation préalable.*

⁵ Montaigne, « Essais » I, 23 et II, 12 : *Il y a grand doute, s'il se trouve un profit évident au changement d'une loi reçue. Une législation, c'est comme un bâtiment de diverses pièces jointes ensemble, liées de telle manière qu'il est impossible d'en ébranler une sans que tout le corps ne s'en ressente... Je vous conseille, en vos opinions et discours, la modération et la tempérance, la fuite de la nouveauté et de l'étrangeté. Toutes les voies extravagantes me fâchent.*

⁶ Ripert, « Les forces créatrices du droit » p.4 n°1 : *Quand je dis que la notion de droit est une notion statique, je n'entends pas par là que les règles n'aient pas changé et ne changeront pas, mais je veux affirmer qu'il est dans leur nature de durer et non de changer.*

⁷ St Thomas d'Aquin, « Somme théologique » (I-II, Question XCVII, art.2) : *On ne peut changer les lois sans en affaiblir la force et l'emprise... Il ne faut donc recourir à cette mesure que lorsque l'on peut compenser, d'une autre part, le dommage que l'on porte par là à l'ordre social.*

⁸ Jhering, « L'esprit du droit romain » T.I p.71 : *Le droit réclame pour ses productions de longs espaces de temps... Plus la production du droit, dans un État, est facile, rapide, copieuse, plus sa force morale est faible ; plus l'intervalle entre la conception et la naissance est long, plus les douleurs de l'enfantement sont pénibles, et plus le fruit est solide et robuste.*

⁹ Confucius, « Œuvres de Meng Tzeu » (II, I, 4). Meng Tzeu dit : *Il faut profiter du temps où l'on est en paix pour réviser et perfectionner les lois pénales.*

De même qu'Ingres cherchait le Beau dans la permanence de notre cadre de vie¹, de même nous devons réfléchir dans le droit fil de notre tradition au système pénal paraissant le mieux adapté à la personne humaine en général, et à notre civilisation en particulier².

c) Le principe de rationalité

129 - LA NÉCESSITÉ DU PRINCIPE DE RATIONALITÉ. Nous avons vu (ci-dessus n°106) que la loi naturelle se caractérise, non seulement par sa moralité, mais également par sa rationalité. Il doit en être de même pour la loi positive, disait jadis Cicéron³, et soutiennent encore aujourd'hui tant les canonistes⁴ que les philosophes⁵ et les juristes⁶. L'ordre et la méthode ne sont-ils pas des modes de pensées et de réflexion qui s'imposent d'eux-mêmes dans le fil de l'activité législative ?⁷

On peut tolérer quelques dérogations dans les questions qui relèvent plus du politique que du juridique, mais on ne saurait admettre le moindre écart dans une matière qui met en jeu la vie, l'honneur, la liberté et le patrimoine des personnes. Une loi pénale doit être rédigée dans le respect des règles techniques⁸ ; elle doit donc employer les outils les mieux adaptés⁹ à la recherche du Bien commun et à la réalisation des destinées individuelles¹⁰.

¹ **Ingres.** « Lettres » : *Qu'on ne me parle plus de cette maxime absurde : « Il faut du nouveau, il faut suivre son siècle ; tout change, tout est changé ! ».* Sophisme que tout cela. Est-ce que la nature change ? Est-ce que la lumière et l'air changent ? Est-ce que les passions du cœur humain ont changé depuis Homère ? Il faut suivre son siècle ! Mais si son siècle a tort ?

² **Catherine II,** « Instructions pour le Code de la Russie » (Moscou 30 juillet 1767) : *Les seules lois que l'on peut dire être conformes à la nature des choses, sont celles qui s'accordent le mieux avec la nature du peuple pour lequel elles sont faites.*

³ **Cicéron,** « Des lois » L.I : *La loi est la raison suprême, gravée dans la nature, qui prescrit ce que l'on doit faire et prohibe de qui doit être au contraire évité.*

⁴ **Code de droit canonique,** Commentaire de l'Université de Salamanque sur le canon 7 : *La promulgation est un élément constitutif de la loi, mais non le seul, puisqu'il faut considérer aussi un autre présupposé : la rationalité de la loi.*

⁵ **Sertillanges,** « La philosophie des lois » p.12-15 : *Première pétition de principe : la rationalité du réel, qui est le fondement de la science, dès que celle-ci ne veut pas verser dans un agnosticisme ou un relativisme qu'au fond personne n'admet... Il n'y a de loi véritable que celle dictée par la raison. La volonté lui donne son poids ; mais c'est de la raison qu'elle tient sa valeur directive qui est sa véritable essence.*

⁶ **Gény,** « Science et technique en droit privé positif », T.II, p.419 : *Le droit, tel que le peuvent dégager la science et la croyance, demeure essentiellement une construction rationnelle, établie sur des éléments fournis par la nature.*

⁷ **Marc Aurèle,** « Pensées pour moi-même » V, 14 : *La raison et la logique sont des facultés qui se suffisent à elles-mêmes, et aux opérations qui en relèvent. Elles partent d'un point de départ qui leur est propre, et elles marchent tout droit vers le but qui leur est proposé. Voilà pourquoi on parle alors de voie droite. [On croirait relire du Lao Tseu]*

⁸ **Rommen,** « Le droit naturel » (Fribourg 1945) p.220 : *La loi n'est pas en tout premier lieu acte de volonté, bien qu'elle provienne dans sa réalisation positive d'un acte de volonté du législateur. Dans son contenu, elle doit être une règle de la raison et pour la raison des sujets. Par là seulement, elle mérite en définitive le nom de loi, car une nature raisonnable doit se conformer à la vérité... veritas facit legem.*

⁹ **Sertillanges,** « La philosophie des lois » p.17 et 14 : *Les lois sont des dictées de raison, relativement à des fins que l'on poursuit et dont il s'agit de trouver les moyens... Quand nous disons que la loi a un caractère rationnel, nous écartons la prétention positiviste qui y voit un simple fait ; mais nous écartons aussi la doctrine de 1789, qui y voit sans plus l'expression de la volonté générale, et, à l'autre extrême, celle des théoriciens de la tyrannie, qui n'y veulent voir que la pure et simple volonté du prince.*

¹⁰ **Sertillanges,** « La philosophie des lois » p.15 : *La loi (pénale) est une ordination de raison visant le bien commun et permettant ainsi l'accomplissement des destinées individuelles dans le cadre d'une nation (paisible).*

Étant rappelé que si le premier doit être privilégié, c'est à la condition que les pouvoirs publics agissent dans le respect de la personne humaine¹.

Cette recherche de rationalité² s'impose tout particulièrement lors de l'élaboration d'un Code pénal. Tous les éléments constitutifs de ce monument doivent être si bien coordonnés que, quelque soit l'ordre dans lequel la vie judiciaire les leur présentera, les juges puissent parvenir à faire tourner sans heurts tous les divers rouages de la machine judiciaire. Notons toutefois que, s'il sont tenus de se tourner par priorité vers le législateur, les praticiens n'en doivent pas moins avant tout s'efforcer d'harmoniser l'ensemble du droit en vigueur.

Au demeurant, une disposition manifestement irrationnelle ne saurait être tenue pour une véritable loi³. S'il advenait que le Parlement édicte une prescription déraisonnable, contraire à la nature humaine et à la vie sociale, les juges et l'ensemble des praticiens auraient le droit et même le devoir de refuser de concourir à son application⁴. Dans un cas semblable, par exception, la résistance à l'autorité deviendrait légitime⁵.

Du principe de rationalité découlent deux corollaires manifestes : d'une part le principe de cohérence, d'autre part le principe de continuité.

130 - 1^{er} COROLLAIRE : LE PRINCIPE DE COHÉRENCE. Même lorsqu'elle ne paraît concerner qu'un cas très particulier, une loi ne s'en inscrit pas moins dans un ensemble préexistant, et elle risque dès lors être confrontée à des dispositions proches sinon concurrentes. Or, tout système juridique évolué possède nécessairement une logique interne, qui apparaît clairement dans un droit codifié, et demeure sous-jacente dans les pays de *Common law*⁶. C'est pourquoi le droit en vigueur, qui se situe au niveau du fait quotidien et fonctionne de manière permanente, ne saurait faire siens que des textes rationnellement compatibles entre eux⁷.

Celui qui envisage d'édicter une loi nouvelle doit donc commencer par recenser les textes existants afin de voir, s'il ne se trouve pas déjà une prescription portant sur le sujet, s'il n'existe pas une disposition proche qu'il suffirait d'étendre, s'il n'importe pas

¹ **Batiffol**, « La philosophie du droit » (Que sais-je ? n°857) p.101, observe que les juristes romains n'ont pas versé dans les extrêmes : *S'ils ont affirmé la primauté de la publica utilitas sur les privatorum commoda, ils ont eu aussi le sentiment que le droit existait finalement pour les personnes.*

² **Jestaz**, « Le langage et la force contraignante du droit » (in *Le langage du droit*, Bruxelles 1991, p.69), p.72 : *Le droit vit de logique plus que d'intuition. Et les juristes qui bénéficient d'une intuition n'ont de cesse qu'ils ne la justifient en raison.*

³ **Ortolan**, « Éléments de droit pénal » (4e éd.), T.I, p.7 n°15 : *Le droit positif n'est qu'un fait, lorsqu'il est contraire au droit rationnel.*

⁴ **Atias**, « Pouvoir et autorités judiciaires » (D.1992 Chr.180) : *Jamais les juristes dignes de ce nom ne se plient à une décision ; ils adhèrent à une opinion fondée en raison.*

⁵ **Sertillanges**, « La philosophie des lois » p15 : *Là où il n'y a pas de raison, il peut y avoir contrainte, mais il n'y a pas de loi, et la voie est ouverte à toutes les résistances légitimes, qui à vrai dire ont aussi leurs lois.*

⁶ **Commission de réforme du droit du Canada** (étude préliminaire n°1.52). Ses membres observent ainsi que, tant en *Common law* que sur la base des Codes napoléoniens, *le droit du vol n'a pu se développer à l'écart du droit de propriété.*

⁷ **Haus**, rapport de présentation du projet de Code pénal belge (Nypels, T.I p.25) : *S'il est vrai qu'un code pénal ne doit pas ressembler à un manuel, il n'est pas moins incontestable qu'il existe entre les diverses parties d'un corps de législation des liaisons nécessaires, des rapports vrais, naturels. Le législateur doit saisir ces rapports, ces liaisons, et classer en conséquence les diverses matières qui forment l'objet d'un code pénal. Il faut donc un ordre, mais un ordre naturel, vrai, qui laisse toutes choses sous leur véritable aspect, qui ne défigure rien, ne mutile rien, n'enchaîne rien par des liaisons arbitraires et dangereuses.*

d'abroger une disposition contraire¹, et si son ébauche n'entre pas sur certains points en conflit avec des textes en vigueur. Dans cette hypothèse il lui appartient de résoudre immédiatement les difficultés prévisibles², sans se satisfaire d'une vague clause de style³. À défaut, c'est aux juges qu'il appartiendra de faire prévaloir l'analyse propre à assurer la cohérence interne du système répressif. De manière générale, un législateur sage se méfie des lois de circonstances, souvent difficiles à intégrer dans l'ensemble du corpus⁴.

La pratique présente de nombreux exemples de malfaçons législatives ; en voici un. L'article L.514-9 du Code du travail prenait en considération l'hypothèse d'une « plainte en prévarication » déposée contre des conseillers prud'homaux. Or, saisie d'une telle plainte, la Cour de cassation a dû constater que le terme « prévarication » ne figure dans nul texte pénal et qu'elle se trouvait donc saisie à tort⁵. On conçoit aisément la stupeur de l'intéressé : la prévarication ne constituerait donc plus qu'un délit disciplinaire !

À l'opposé, les circonstances peuvent contraindre les juges à reprendre en droit positif des dispositions rationnelles déjà connues mais omises par le législateur, dispositions dont ils ne sauraient pourtant se passer. Ainsi, comme les rédacteurs du Code pénal de 1810 avait oublié de reproduire la traditionnelle contravention de violences légères⁶, qui marque rationnellement le point de départ du système pénal de protection de l'intégrité physique des personnes, la Chambre criminelle s'est trouvée dans l'obligation de maintenir en vigueur l'incrimination édictée du Code de brumaire an IV, pourtant officiellement abrogé⁷.

131 - 2^e COROLLAIRE : LE PRINCIPE DE CONTINUITÉ. Lorsqu'il décide de protéger un intérêt juridique, par exemple la vie ou l'intégrité de la personne humaine, le législateur ne saurait se borner à édicter quelques textes épars⁸. Il doit faire l'effort de coordonner les différentes dispositions de manière à ne pas laisser subsister la moindre

¹ **Démosthène**, « Contre Timocrate » § 33, cite la loi suivante : *Tout athénien pourra demander l'abrogation d'une loi, à condition d'en proposer une autre à la place ; puis l'interprète en ce sens : Vous avez entendu la loi... Elle défend de présenter une loi contraire aux lois établies, sans avoir abrogé la loi antérieure.*

² **Commission de réforme du droit du Canada** : *Nous avons cherché à éliminer du système actuel toutes les incohérences et tous les illogismes. Les praticiens seront ainsi mieux à même de comprendre l'organisation générale du Code criminel.*

³ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.348 n°143 : *La première difficulté est l'implantation de la loi dans l'ordre juridique existant... En général, le législateur use d'un moyen simple, en déclarant abrogés « tous les textes contraires à la présente loi ». Ce n'est pas là supprimer la difficulté ; la tâche incombe alors au juge et à l'interprète de décider quelles sont les dispositions incompatibles avec la loi nouvelle.*

⁴ **G.Viney**, « La responsabilité - conditions » p.766 n°646 : *La loi du 7 novembre 1922 (art. 1384 al.2 C.civ.) est une loi de circonstances. Elle a été votée à la demande des assureurs effrayés par la jurisprudence relative à la responsabilité du gardien. Or comme toute loi de circonstances, elle s'est révélée d'une application difficile.*

⁵ **Cass.crim.** 3 décembre 1980 (Bull.crim. n°333 p. 859) : *L'art. L.514-9 du Code du travail édicte « qu'en cas de plainte en prévarication contre les conseillers prud'homme, il est procédé contre eux suivant la forme établie par l'article 681 du Code de procédure pénale »... Or le terme prévarication ne figure dans aucune incrimination pénale... Il n'y a dès lors lieu d'accueillir la requête...*

⁶ **Morin**, « Répertoire de droit criminel » v°Violences – voies de fait n°2 : *Notre Code pénal présente une lacune. Il ne parle que des blessures et coups, mais non des violences légères qui ont lieu sans coups et blessures. Cependant ces violences peuvent être fort désagréables à ceux qui en sont l'objet. Seront-elles impunies, par cela qu'elles se sont arrêtées là où aurait commencé le délit ? Ne peut-on pas appliquer l'art. 605 du Code de brumaire ? C'est la doctrine émise par Merlin.*

⁷ **Cass.crim.** 14 avril 1821 (Bull.crim. n°61 p.164) : *Les voies de fait et violences légères n'étant l'objet d'aucune disposition du Code pénal de 1810, ni d'aucune autre loi postérieure à celles du 22 juillet 1791 et du 3 brumaire an IV, les dispositions qui s'y rapportent dans lesdites lois sont formellement maintenues et les tribunaux sont tenus de continuer à les observer et de les faire exécuter.*

⁸ **Cass.crim.** 21 mai 1990 (Gaz.Pal. 1990 II 705) a posé ce principe sur le terrain de la procédure, en observant que *le cours de la justice ne saurait être interrompu par l'absence d'une juridiction.*

lacune entre certaines d'entre elles. Le Code pénal de 1993 a méconnu cette règle lorsqu'il n'a autorisé les poursuites pour homicides contre des personnes morales que sous quelques qualifications¹, tel le génocide. Puisqu'elle intéresse surtout les incriminations, cette règle sera examinée de manière approfondie dans notre première partie. On peut toutefois en indiquer tout de suite les deux principales conséquences.

Tout d'abord, le législateur doit commencer par déterminer le niveau de gravité des faits à partir duquel les juges répressifs vont être appelés à prendre le relais des juges civils². On parle ici de seuil de protection pénale. En ce qui concerne l'intégrité des personnes, l'article R.624 1 du Code pénal ouvre le domaine pénal avec la plus légère des voies de fait, tel le fait de verser un seau d'eau froide sur la tête d'une personne³, ou de faire obstacle à sa liberté de mouvement en immobilisant sa voiture⁴.

Ensuite, palier par palier, selon un mode ascendant, le législateur articule les différentes circonstances aggravantes réelles, voire personnelles, qui rendent les faits de plus en plus dommageables pour la victime et de plus en plus scandaleux pour l'ordre public⁵. Il lui appartient alors de veiller à ne laisser subsister aucun vide, aucune solution de continuité, entre les textes successifs. Il en va bien ainsi pour les coups et blessures volontaires, qui vont de la simple voie de fait jusqu'aux coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la causer, résulteraient-ils d'une simple plaisanterie ayant mal tourné⁶.

En 1810 les rédacteurs du Code pénal avaient rangé tous les attentats à la pudeur parmi les crimes, sans songer que certains d'entre eux se situent à un niveau intermédiaire entre le crime de viol et la contravention de voie de fait, tel un baiser volé (art. R.624 1 ci-dessus). La jurisprudence s'est vu contrainte de combler cette lacune en se tournant vers le délit d'outrage public à la pudeur, artificiellement allégé de sa condition de publicité ; ainsi l'auteur d'une caresse impudique a pu être renvoyé devant le tribunal correctionnel, quoique les faits fussent survenus dans un lieu privé et devant un seul témoin⁷.

¹ **Desportes et Le Gunehec**, « Le nouveau droit pénal » T.I (6^e éd.), p.483 n°591 : *Il peut pourtant parfaitement se concevoir que les dirigeants d'une entreprise paient un homme de main pour commettre un assassinat dans le cadre d'une affaire de racket. Tout n'est qu'une question de probabilité... Le principe de spécialité présente par ailleurs l'inconvénient d'obliger le législateur à s'interroger, pour chaque infraction, sur l'opportunité de prévoir ou non la responsabilité pénale des personnes morales. Cette tâche est, sinon impossible, du moins extrêmement longue à mener à bien. Elle peut en outre être source d'erreurs, comme le démontre l'examen de la liste des infractions pour lesquelles cette responsabilité a été prévue.*

² **Platon**, dans « Les lois », a justement souligné que même de petites infractions fréquemment répétées accoutument l'homme à agir contrairement à la loi.

³ **Trib.pol. Toulouse** 2 mars 1901 (Gaz.Pal. 1897-1902 v°Voies de fait n°1) : *Le fait de jeter sur quelqu'un une substance connue vulgairement sous le nom de « poil à gratter » constitue une violence légère de la compétence du Tribunal de police.*

⁴ **Cass.crim.** 10 novembre 1992 (Gaz.Pal. 1993 I Chr.224/232) retient cette contravention à l'encontre de deux prévenus qui, pour empêcher un conducteur de taxi de partir, *avaient pris son véhicule « en tenaille » avec leurs voitures durant vingt minutes.*

⁵ **Domat**, « Les lois civiles dans leur ordre naturel » (Livre préliminaire, I, II 22-23) : *Dans les lois qui permettent, on tire la conséquence du plus au moins... Dans les lois qui défendent, on tire la conséquence du moins au plus... Ainsi, ceux qui sont déclarés indignes de quelque charge ou de quelque honneur, sont à plus forte raison indignes d'une plus grande charge, et d'un honneur plus considérable.*

⁶ **Télétexte**, janvier 2001, en donne un exemple : *Au moins neuf personnes sont mortes dans une discothèque près de Lima, la nuit de Noël. Un mouvement de panique avait été provoqué par un jet de gaz lacrymogène lancé par des inconnus vers les danseurs. Les victimes ont péri étouffées en tentant de rejoindre la sortie.*

⁷ **Cass.crim.** 4 août 1877 (D. 1878 I 287). Décision rendue dans une espèce où un individu s'était livré à des attouchements impudiques sur une mère et sa fille, mais où il était inconcevable, vu la faiblesse de l'atteinte, de saisir la Cour d'assises. Les tribunaux ont été contraints de dire que chacune des

De même l'ancien Code pénal protégeait, d'une part la personne vivante, d'autre part son cadavre une fois déposé dans la tombe, mais il avait négligé la période allant du décès à l'enterrement. Aussi, avec l'accord de la doctrine la plus éminente¹ mais en violation flagrante du principe d'interprétation stricte des textes répressifs, les tribunaux durent-ils étendre les termes de la loi sur la violation de sépulture pour sanctionner les individus ayant outragé un défunt avant son inhumation².

d) Le principe d'applicabilité

132 - L'IMPORTANCE DU PRINCIPE D'APPLICABILITÉ. Le législateur doit par ailleurs veiller à ce que son texte soit applicable par les tribunaux³. Que vaudrait une loi, parfaitement conçue sur un plan philosophique, admirablement rédigée d'un point de vue littéraire, si dans la pratique judiciaire elle ne pouvait être donner lieu à exécution⁴? C'est particulièrement le cas lorsque le ministère public se trouve confronté à un trop grand nombre de lois, si mal conçues qu'elles en deviennent inexploitable.

C'est pourquoi un Parlement avisé respecte les règles énoncées ci-dessus. En particulier il évite d'employer des notions, des idées ou des termes abstraits ou obscurs ; il doit se rappeler constamment qu'il œuvre pour des êtres humains de chair et de sang, avec leurs connaissances et leurs facultés intellectuelles variant d'un individu à l'autre⁵. Il ne doit pas prendre les hommes « pour des théorèmes », lui conseille Pascal. Il ne saurait en outre négliger les caractères propres au peuple auquel la loi est destinée.

Il y va d'ailleurs de l'efficacité de son action en général. On a souvent fait observer combien il est dangereux d'édicter des lois qui ne pourront être mises en œuvre⁶, car la multiplication des textes inappliqués habitue les justiciables à passer outre aux prescriptions de l'autorité publique⁷. Par exemple, s'il lui appartient assurément de fixer les règles de

victimes avait été atteinte dans sa pudeur, non par les caresses reçues, mais « *par le spectacle* » des attouchements subis par l'autre.

¹ **Garçon**, « Code pénal annoté (1^e éd.) art. 360 n°20 : *La loi a voulu punir la profanation du cadavre lui-même ; c'est la mort et non l'inhumation qui donne au corps sa consécration et il est impossible que la loi, qui protège l'homme pendant la vie, et qui protège sa dépouille lorsqu'elle est mise au tombeau, ait entendu laisser sans répression l'outrage adressé à ses restes depuis l'instant de la mort jusqu'à ce que la tombe se soit refermée sur lui.*

² **Trib.corr. Seine** 4 juin 1875 (D.1876 II 113) : *Il y a lieu, dans l'esprit de l'article 360, de considérer comme une sépulture le lit qui renferme les restes d'un mort, alors surtout que le corps est enseveli dans les linges qui doivent à tout jamais le couvrir.*

³ **Jhering**, « L'esprit du droit romain », T.I, p.54 : *La facilité d'application exerce sur le développement logique du droit une influence déterminante. Elle contraint souvent les idées juridiques à abandonner une partie de leur pureté primitive, pour revêtir une forme qui les rend plus facilement maniables en pratique.*

⁴ **Jhering**, « L'esprit du droit romain », T.I, p.55 : *L'idée de la réalisabilité formelle du droit est un principe étranger à la logique interne des notions juridiques, qui en modifie ou en entrave souvent le libre développement. Ce principe oblige à rechercher, pour les distinctions et les notions internes, des critères extérieurs aussi adéquats que possible, en un mot il conduit à établir une symptomatique du droit.*

⁵ **Goussset**, « Théologie morale » (11^e éd.) T.I, p.35 n°84-85 : *C'est la loi qui est faite pour l'homme, et non l'homme pour la loi. Tout législateur considère d'abord quels sont les sujets ; ensuite il leur donne la loi qui leur convient.*

⁶ **Bautain**, « Philosophie des lois » (Paris 1860) : *À quoi sert de porter des lois si elles ne sont pas observées, si l'on n'a pas les moyens de les faire respecter ? Les lois qu'on n'accomplit pas révèlent la faiblesse de l'autorité. Il importe moins à celle-ci d'édicter des lois, que de savoir se faire obéir. On ne gagne à rien à multiplier les ordonnances ; il faut très peu de lois et beaucoup d'obéissance.*

⁷ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.319 n°128 : *Le législateur doit se préoccuper de l'observation de la loi qu'il édicte. Si la loi peut être impunément violée, elle est inutile, et permet seulement le mauvais exemple d'une désobéissance impunie.*

la vie publique, il agirait de manière inconsidérée en s’immisçant sur le terrain de la stricte vie privée des justiciables¹.

La première difficulté d’application des textes répressifs concerne l’administration de la preuve. En effet, la présomption d’innocence de la personne poursuivie fait peser sur l’accusation la preuve de l’existence de l’infraction et de l’implication du prévenu. Par suite, quand une loi comporte des éléments constitutifs qui soulèvent des difficultés de preuve, le ministère public renoncera à l’invoquer devant les tribunaux ; tel est souvent le cas avec les délits d’omission, car leur élément moral ne ressort pas toujours des faits².

133 - LE RECOURS AUX PRÉSUMPTIONS. Si les légistes contournent fréquemment les problèmes de preuve par le recours à des présomptions³, en matière pénale ils doivent se montrer particulièrement prudents. En effet le droit criminel répugne aux artifices, fictions⁴ et présomptions⁵. Cependant, pour protéger certains intérêts juridiques de premier plan, ils sont parfois contraints de recourir à ce biais (ainsi un mineur de quinze ans est réputé ne pouvoir librement consentir à des rapports sexuels⁶) ; mais cela ne doit pas les conduire à porter atteinte aux principes fondamentaux, tels que l’obligation de saisir un juge de faits et le devoir de respecter les droits de la défense.

En ce qui concerne les incriminations, c’est-à-dire la définition légale des infractions, quelques voies indirectes peuvent être utilisées. Prenons le cas de la protection de la vie privée. Comment un plaignant pourra-t-il prouver qu’il a été intimement blessé lorsqu’il se plaint d’avoir été victime d’une injure ? Pour l’y aider, le législateur présume que les injures ou diffamations constituent en soi des propos « de nature à » ulcérer la personne visée⁷. Nous étudierons cette technique d’incorporation dans la première partie.

Pour ce qui est de l’imputation, on peut prendre l’exemple de la responsabilité des mineurs. Si l’on dit aux juges que, par application du principe de la responsabilité subjective, ils ne pourront condamner un adolescent qu’après avoir constaté qu’il a atteint la maturité intellectuelle, d’expertise en contre-expertise chaque procès s’enlisera interminablement, et ce au détriment de l’intérêt général. Pour résoudre la difficulté, le législateur a posé un principe d’irresponsabilité absolue des mineurs âgés de moins

¹ **Platon**, « Les lois » (VII, 788) : *Il serait maladroit de faire des lois touchant la vie privée ; car leur inobservation échappe à l’attention du public... Or c’est un ferment de corruption d’instituer des lois qui ne sont pas appliquées : par de petites infractions fréquemment répétées, les hommes s’accoutument à agir contrairement à la règle.*

² **Vidal et Magnol**, « Cours de droit criminel » (9^e éd.), T.I p.135 n°79-4, à propos de l’homicide par omission : *Il faut avant tout supposer existante et prouvée l’intention criminelle, preuve qui sera fort difficile à faire, l’abstention n’étant ordinairement que le signe d’une négligence.*

³ **Marty et Raynaud**, « Droit civil » T.I, n°61 : *Les présomptions sont un procédé très caractéristique de l’abstraction et de l’artifice juridique. Ce procédé consiste en effet à décider non sur la base d’une réalité établie, mais en se fondant sur une probabilité ou même une possibilité plus ou moins grande.*

⁴ **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » T.VI, p.243 : *Les procédures criminelles sont simples et régulières, d’autant que la loi n’y admet point de fictions, comme dans les causes civiles, car il s’y agit plus immédiatement de la vie, de la liberté et de la sécurité des personnes.*

⁵ **Ripert**, « Les forces créatrices du droit » p.353 n°144 : *Il faut se méfier d’une habileté technique trop grande. Elle permet de dissimuler la violation des principes et elle introduit dans la loi un élément artificiel qui en modifie le sens et la portée. C’est une ruse du législateur.*

⁶ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.II (4^e éd.) p.158 n° 127 : *Le jeune âge de la victime fait présumer son absence de consentement dans les infractions contre les mœurs.*

⁷ **Vitu**, « Traité de droit pénal spécial », T.II, p.1593 n°1956 : *L’expression outrageante est le propos de nature à porter atteinte à l’honorabilité.*

de treize ans et d'irresponsabilité relative des mineurs ayant entre treize et dix-huit ans¹. Passé cet âge, un être humain est réputé responsable de ces actes².

B - LES RÈGLES PROTECTRICES DES JUSTICIABLES

Pour assurer la protection juridique des justiciables³, quatre nouvelles règles vont se succéder ici : clarté de la loi (a), précision de la loi (b), non-rétroactivité de la loi (c) et publication de la loi (d).

a) Le principe de clarté des lois

134 - L'EXIGENCE D'UNE FORMULATION CLAIRE. Lorsque l'État de Louisiane chargea E. Livingstone de lui rédiger un projet de Code pénal, il lui prescrivit de « *définir les délits en termes clairs et précis* ». Cet idéal⁴ de limpidité, aussi souhaitable en matière législative qu'en matière judiciaire⁵, présente un double avantage : d'abord, il incite le rédacteur à approfondir sa pensée, ensuite il assure la sécurité des justiciables. Le célèbre précepte de Boileau, « *Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement* », peut parfaitement se retourner en ces termes : la recherche d'une rédaction claire contribue à l'approfondissement de la pensée du législateur⁶.

Il n'est pas sans intérêt d'observer qu'il est plus aisé d'y parvenir lors de l'élaboration d'un Code pénal préparé par des spécialistes (théoriciens et praticiens) puis discuté et voté par le Parlement, que lors de la rédaction de lois successives proposées par des auteurs différents n'ayant pas toujours une formation juridique suffisante⁷.

Le principe de la clarté, de la limpidité et de l'intelligibilité, de la loi s'impose d'abord par simple convenance envers les intéressés⁸. La loi pénale doit pouvoir être exactement comprise, non seulement pour les magistrats et avocats⁹, mais encore par celui que l'on

¹ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T. (7^e éd.), p.796 n°631 : *L'ordonnance du 2 février 1945 maintient la majorité pénale à 18 ans révolus au jour de l'infraction, supprime la question du discernement, et soumet en règle générale tous les mineurs à des « mesures de protection » ce qui implique la proclamation du principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs.*

² **Donnedieu de Vabres**, « Traité de droit criminel » (3^e éd.), p. 147 n°259 : *La formule la plus fréquente consiste à exiger, pour que l'acte visé soit punissable, qu'il ait été commis avec conscience et volonté.*

³ **Moreau** (Le droit qui passe – « Mélanges Sainte-Rose »), p.1077 : *Il n'y a pas de saine application du droit sans une bonne connaissance préalable par les justiciables. L'instabilité juridique et la confusion qu'elle engendre ne peuvent évidemment qu'entraver cette démarche... Elles privent progressivement de sens une présomption fondamentale dans le fonctionnement d'un système juridique fonctionnant selon le célèbre adage : Nemo legem ignorare censetur : nul n'est censé ignorer la loi.*

⁴ **Swift**, « Les voyages de Gulliver » : *A Brobdingnad, les lois sont exprimées dans les termes les plus clairs et les plus simples, et ces peuples ne sont ni assez vifs ni assez ingénieux pour y trouver plusieurs sens ; c'est d'ailleurs un crime capital d'écrire un commentaire sur aucune loi.*

⁵ **Mimin**, « Le style des jugements » 4^e éd. n°52 : *L'hermétisme a pu aider au succès de quelques œuvres poétiques ; on admettra difficilement qu'un document judiciaire garde, en une ou plusieurs de ses parties, un sens inintelligible. [Se référer à cet ouvrage pour voir les exemples à ne pas suivre].*

⁶ **Vauvenargues**, « Réflexions et maximes » : *La clarté orne les pensées profondes ; l'obscurité est le royaume de l'erreur.*

⁷ **Hegel**, « Principes de philosophie du droit » : *Si les règles des droits coutumiers arrivent à être rassemblées dans une collection... cette collection aura un caractère informe, vague, incomplet. Ce qui la distinguera surtout de ce qu'on appelle vraiment un code, c'est que les vrais codes conçoivent par la pensée et expriment les principes du droit dans leur universalité, et par suite dans leur précision.*

⁸ **Fabre**, « Souvenirs entomologiques » modeste mais profond philosophe : *La clarté est la souveraine politesse de qui manie la plume.*

⁹ **Hegel**, « Principes de philosophie du droit » n°215 : *Ensevelir les lois sous un imposant appareil de livres savants, de recueils de jurisprudence, d'opinions de juristes et de coutumes... de sorte que la*

nommait jadis un bon père de famille¹ et aujourd'hui, le citoyen moyen². La responsabilité pénale d'une personne ne saurait en bonne justice être engagée sur le fondement d'un texte obscur dont la signification pouvait lui échapper.

L'exigence de clarté apparaît particulièrement marquée dans une démocratie libérale, car elle constitue une condition de la liberté individuelle³, de l'égalité entre les citoyens⁴ et de la sécurité juridique⁵. De nos jours ce dernier aspect se trouve particulièrement souligné par la doctrine, en réaction au déclin dramatique de l'art législatif en France⁶.

Le personnel politique méconnaît les principes de la démocratie lorsqu'il emploie un langage délibérément trompeur⁷. Cette altération du vocabulaire et des notions communes, connue sous le nom de « langue de bois »⁸, sévit en effet même en droit criminel. Ainsi lorsqu'il parle de « droits de l'homme », le législateur ne nous dit pas s'il vise les « droits individuels » fondés sur la dignité inviolable de la personne humaine, ou s'il vise des « droits matériels » qui seraient mis à la charge de l'État afin de procurer le « bonheur » à ses administrés se reconnaissant ses vassaux.

Le législateur est ainsi invité à employer un langage plus commun que juridique. Dans la mesure du possible, son vocabulaire doit être choisi dans un registre compréhensible par

connaissance du droit en vigueur ne soit accessible qu'à ceux qui s'instruisent spécialement constitue une injustice.

¹ **Montesquieu**, « De l'esprit des lois » (LXXIX, Chap. XVI) : *Les lois ne doivent point être subtiles : elles sont faites pour des gens de médiocre entendement ; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille... Le style en doit être concis.*

² **Confucius**, cité par un disciple dans le « Yantie Lun » : *Un peuple perdu dans un labyrinthe de règlements ne peut éviter de les transgresser ; aussi, dans le souci de ne pas l'égarer, le bon souverain fait la loi lumineuse comme le soleil et la lune, large et unie comme la grand'route. Les sujets des régions les plus reculées peuvent en connaître tous les articles, la cuisinière la plus obtuse sait de quelles fautes elle doit se garder.*

³ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T1 (6^e éd.) p.271 n°196 : *Dans le domaine du droit pénal est tenue pour un principe général, qui a valeur constitutionnelle et auquel le législateur et le pouvoir réglementaire ne sauraient se soustraire, l'exigence de promulguer des textes clairs et précis, conséquence du principe de la légalité criminelle, faute de quoi la règle de droit criminel ne posséderait pas l'effet intimidant que l'on attend d'elle et engendrerait une incertitude dangereuse pour les libertés individuelles.*

⁴ **Démosthène** approuvait la règle prescrivant que les lois fussent rédigées dans un style simple et clair, autrement les ignorants, déroutés, se trouveraient en état d'infériorité par rapport à des adversaires possédant l'ensemble de la législation.

⁵ **Confucius**, « Les entretiens » (XIII, 3). *On demanda au Maître : - « Si le prince de Wei vous sollicitait pour régler avec vous les affaires publiques, à quoi donneriez-vous votre premier soin ? ». Il répondit : - « À rendre à chaque chose son vrai nom. Car si les noms ne conviennent pas aux choses il y a confusion dans le langage... l'harmonie est négligée, les châtements ne sont plus proportionnés aux fautes et le peuple ne sait plus où mettre la main ou le pied ».*

⁶ **Carbonnier**, « L'hypothèse de non-droit » (Séminaire Liège 1977) p.303 : *La loi a pour première fonction de procurer la sécurité à l'homme. Parce qu'elle est clarté, netteté, brutalité peut-être, elle dissipe les anxiétés liées aux conflits... Parce qu'elle est permanence, emprise sur le temps, elle protège chacun contre l'inconnu de l'univers, la fluidité du cours des choses ; elle lui délimite un espace d'ordre et de stabilité.*

⁷ **Marc Aurèle**, « Pensées pour moi-même » (IV, XXXIII) : *A quoi faut-il porter tous nos soins ? À ceci, seulement : une pensée conforme à la justice, une activité dévouée au bien commun, un langage qui ne trompe jamais.*

⁸ **Orwell**, dans son roman « 1984 » : *La Novlangue a été inventée pour répondre aux besoins du socialisme anglais... Son but était, non seulement de fournir un mode d'expression aux idées générales et aux habitudes mentales des socialistes, mais de rendre impossible tout autre mode de pensée. Il était entendu que, quand la Novlangue serait une fois pour toute adoptée, une idée hérétique -c'est-à-dire s'écartant des principes du socialisme- serait littéralement impensable, du moins dans la mesure où la pensée dépend des mots.*

l'ensemble des justiciables¹. Pour faciliter la lecture d'un Code pénal par les justiciables, on le sait depuis longtemps², ses rédacteurs doivent s'efforcer de donner un nom spécifique³ à chaque incrimination⁴ et plus généralement à chaque disposition⁵.

Observons enfin que dans un État, où les parlars diffèrent d'une région à l'autre, le législateur est conduit à rédiger la loi pénale dans ces diverses langues⁶. C'est le cas pour la Belgique, pour le Canada et pour la Suisse ; ce le sera peut-être pour l'Europe de demain. Mais pour y parvenir il conviendra de partir de notions juridiques soigneusement élaborées sur le plan scientifique (ce à quoi s'attachèrent les juristes du XIX^e siècle).

b) Le principe de précision des lois

135 - L'EXIGENCE D'UNE FORMULATION PRÉCISE. La multiplication des lois criminelles inintelligibles a attiré l'attention des pénalistes sur les techniques législatives⁷. Quelques auteurs ont abordé cette question ; ils ne parlent plus seulement de clarté, mais encore de précision de la loi⁸ ; ils ne s'attachent plus seulement à son intelligibilité grammaticale, mais encore à la prévisibilité⁹ judiciaire concrète par les justiciables¹ et à ses modalités d'application. C'est en ce sens que l'on parle de sécurité juridique².

¹ **Smith et Hogan**, « Criminal law » (Londres 7e éd.) p.553 : *Tout emploi, ou menace d'emploi, de la force contre une personne suffit à caractériser le vol avec violence. Toutefois, la « force » n'a pas été définie, et dans l'opinion judiciaire dominante, ce terme est considéré comme un mot de l'anglais courant dont le sens doit être déterminé par la jury. Mais aucun jury ne pourrait raisonnablement considérer que le léger contact réalisé par un pickpocket relève de la notion de violence.*

² **Code annamite de Gia Long** (1812). Art. 240 (*Vol de grains dans les champs*) : *Ceux qui auront volé dans les champs des grains, des légumes ou des fruits... seront punis en tenant compte de la valeur du produit de l'acte illicite.*

³ **Code pénal d'Italie** de 1930. Art. 614 (*Violation de domicile*) : *Quiconque s'introduit dans l'habitation d'autrui... contre la volonté expresse ou tacite de celui qui a le droit de l'en exclure est puni de la réclusion jusqu'à trois ans.*

⁴ **Code pénal de Bolivie** de 1972. Art. 333 (*Extorsion*) : *Celui qui par voie d'intimidation ou de menace grave, contraint une personne à faire, à tolérer qu'il soit fait ou que ne soit pas faite une certaine chose, afin d'obtenir pour elle ou pour un tiers un avantage indu ou un bénéfice économique, encourt de un à trois ans de réclusion.*

⁵ **Code criminel du Canada. Troubles mentaux** – Art. 16 (1) : *La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.*

⁶ **Clerc**, « Introduction à l'étude du droit pénal suisse » (Lausanne 1942) p.23 : *Si nul n'est censé ignorer la loi, du moins n'est-on pas tenu de connaître les trois langues officielles. Ce serait un scandale de condamner à Genève, un Genevois qui se croyait dans la légalité au regard de la version française du Code pénal et qu'on détromperait à l'aide du texte allemand.*

⁷ **Marat**, dans son « Plan de législation criminelle » (éd. Paris 1790), p.27, soulignait déjà : *Il importe qu'il n'y ait rien d'obscur, d'incertain, d'arbitraire, dans l'idée qu'on se fait des délits et des peines : le Code criminel ne saurait être trop précis.*

⁸ **J-H.Robert**, « Droit pénal général » (4^e éd.) p.121 : *Le principe de légalité est méconnu quand une incrimination est rédigée de manière tellement vague qu'elle peut désigner un très grand nombre de comportements, dont certains n'ont, selon la conscience commune, aucun caractère répréhensible. De telles incriminations font peser une menace pénale indéfinie sur la collectivité ; elles sont source de tyrannie et aussi d'arbitraire.*

⁹ **Sudre** et autres, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » (5^e éd.), p.55 : *La prévisibilité de la règle de droit suppose « une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite » ; ce dernier « doit être à même de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé ».*

Leurs efforts combinés ont produit d'heureux effets. Il est aujourd'hui admis que, pour être applicable, une loi doit avoir été rédigée en termes clairs et précis³. Elle ne saurait se borner à rappeler la règle traditionnelle⁴ nous invitant à éviter de faire du tort à autrui⁵, et à agir équitablement envers tous⁶. C'est ce qui a été jugé par le Conseil constitutionnel⁷ et la Cour de cassation⁸ de manière constante⁹. On peut regretter que la Cour européenne des droits de l'homme ne se soit pas toujours¹⁰ montrée plus exigeante sur ce point¹¹.

En conséquence, la saine rédaction d'une loi exclut l'emploi de termes ou de notions abandonnant un trop large pouvoir d'appréciation subjective aux juges¹². C'est la raison pour laquelle il est apparu aux commentateurs du projet de loi sur les sectes que le législateur ne pouvait aller jusqu'à incriminer la « manipulation mentale ». Le Conseil constitutionnel a curieusement validé le délit de « harcèlement moral », dont le domaine d'application n'apparaît pourtant pas avec évidence (mais qui est politiquement correct).

De manière générale, sont à prohiber les dispositions abandonnant aux tribunaux un pouvoir arbitraire d'appréciation leur permettant de fixer les limites du licite et de l'illicite, du bien et du mal. Confrontés à une telle disposition des juges prudents, tantôt refuseront de

¹ **Jeandidier**, « Mélanges Philippe Merle – Un échantillon de malfaçons textuelles en droit des affaires » p.391 : *L'expression formelle d'un texte juridique doit tendre à la perfection, spécialement en droit pénal où règne le principe de légalité, postulant prévisibilité et accessibilité de la loi.*

² **Malaurie et Aynès**, « Droit civil – Introduction générale » n°44 : *Les caractères d'abstraction, de généralité et de permanence confèrent à la règle de droit une prévisibilité : les sujets de droit peuvent la prévoir et ainsi organiser leur comportement. C'est la condition de la sécurité juridique et de la liberté.*

³ **Jeandidier**, « Droit pénal général » (2^e éd.), p.83 n°82 : *Le principe de la légalité impose au législateur l'élaboration de textes clairs et précis. Il est évident qu'une incrimination vague ôte toute garantie aux citoyens et les laisse en particulier à la merci de l'arbitraire du juge.*

⁴ **Ulpian** (Digeste, I, I, I, 10, 1) : *Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement ; de ne faire de tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui est dû.*

⁵ **Confucius**, « L'invariable milieu » XIII : *Le sage évite de faire aux autres ce qu'il ne voudrait pas que les autres lui fassent à lui-même.*

⁶ **Digeste** (I, I, I, 10, 1) : *Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne faire de tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui est dû.*

⁷ **Conseil constitutionnel** 19-20 janv. 1981 (Gaz.Pal. 1981 I Lég.57) : *Aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.*

⁸ **Cass.crim.** 19 octobre 1821 (S.1821 I 397) : *Les peines ne peuvent être établies par des expressions équivoques.*

⁹ **Cass.crim.** 1er février 1990 (Gaz.Pal. 1990 I 398) : *Toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui.*

¹⁰ **Sudre et autres**, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme » (5^e éd.), p. 50 . Sur l'arrêt Kruslin du 24 avril 1990 : *La loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer une atteinte au respect de la vie privée et de la correspondance.*

¹¹ **Cour EDH** 10 octobre 2006 (D. 2007 124) : *L'art. 7 de la Conv. EDH consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines... Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin avec l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.*

¹² **Décret du 22 prairial an II**, instituant le Tribunal révolutionnaire. Il violait ce principe : Art. 4 et 5 : *Le tribunal révolutionnaire est institué pour punir les ennemis du peuple. Les ennemis du peuple sont ceux qui cherchent à anéantir la liberté publique, soit par la force, soit par la ruse.*

s'y arrêter, tantôt l'appliqueront de manière la plus restrictive¹. Le Parlement ne devrait jamais oublier que, une fois votée et promulguée, la loi lui échappe et intègre le domaine de compétence des tribunaux. En voici un triste exemple : le 4 décembre 1792, sur proposition du girondin Buzot, la Convention décréta que quiconque proposerait de rétablir la royauté en France serait puni de mort ; le Tribunal révolutionnaire prononça cette sanction contre des ivrognes qui avaient seulement crié « Vive le Roi ! »².

S'il ne fait pas de doute que la loi doit être précise, il est tout aussi certain qu'elle ne saurait aller jusqu'à vouloir envisager tous les cas d'espèce pouvant se présenter et tomber dans le piège du pointillisme³. Le Parlement doit rechercher un juste milieu. Il lui appartient de mettre en place chaque délit, comme les zoologistes sérient les animaux. Il doit préciser la Classe à laquelle il appartient (crimes et délits contre les particuliers), son Ordre (crimes et délits contre les personnes), sa Famille (crimes et délit contre sa vie ou son intégrité physique), son Genre (crime ou délit volontaire ou par imprudence), et son Espèce (crime ou délit comportant une circonstance aggravante : meurtre intentionnel commis avec préméditation – assassinat-, ou de manière lâche –empoisonnement). Mais il doit éviter de descendre jusqu'aux simples Variétés, afin de laisser une marge de manœuvre aux tribunaux lorsqu'ils seront saisis pour la première fois d'un cas que le législateur n'avait pu prévoir (le détournement de courant électrique constitue-t-il une variété du vol ? on se l'est demandé ; la jurisprudence l'a admis ; l'article 311-2 du Code pénal le confirme).

c) Le principe de non-rétroactivité des lois

136 - LA NON-RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE. Une fois qu'elle a été adoptée, la loi aspire à prendre place dans le droit positif. Puisqu'elle est réputée améliorer l'état de ce droit, elle devrait logiquement entrer immédiatement en vigueur. Mais le droit pénal présente cette particularité d'interdire certains agissements, et d'en prescrire certains autres, sous menace d'une sanction telle que l'emprisonnement ou l'amende. D'où cette question : serait-il loyal d'infliger une telle peine à une personne qui, le jour des faits, a agi conformément à la loi existante ?

L'Inca Mayta Capac, qui vient de conquérir la province de Cuchunaw, apprend que certains indigènes emploient un poison jetant leurs victimes dans d'atroces souffrances jusqu'à leur mort. Deux voies lui sont ouvertes : ou bien, donnant priorité à la morale et à l'ordre social, il élimine ces monstres en leur appliquant rétroactivement la loi inca ; ou bien, respectueux des droits individuels, il leur fait savoir que la loi inca ne tolérera pas ce genre de meurtre et que ceux qui persisteront dans de tels errements seront sévèrement punis. S'arrêtant à la première doctrine, l'Inca donna ordre à ses capitaines « qu'ils fissent brûler à petit feu tous ceux qu'on pourrait convaincre d'avoir usé d'une cruauté si grande ».

¹ **Trib.corr. Toulouse** 30 octobre 1995 (D. 1996 101), sur le délit d'assistance à une personne entrée irrégulièrement en France : *Face à l'imprécision de la loi pénale, il convient de l'interpréter à la lueur des principes généraux du droit... Sur la base de ces principes, une interprétation large est à exclure.*

² **Buzot** (Discours à la Tribune de la Convention) s'indigna : *C'est sur ma motion que la peine de mort fut portée contre ceux qui provoqueraient le rétablissement de la royauté ; mais la Convention n'a pas entendu punir de cette peine les personnes qui n'auraient fait que tenir des propos inciviques et vagues. Il faut distinguer ces propos de la provocation à la royauté. Je demande que la Convention ne laisse pas aux juges le soin d'interpréter cette terrible loi, mais qu'elle l'applique elle-même.* [il ne fut pas suivi – et il dut même se suicider en 1794 pour éviter d'être guillotiné à son tour]

³ **Muyart de Vouglans**, « Les lois criminelles de France » (Paris 1783) p.196, a toutefois signalé que le législateur se trouve parfois conduit à enfreindre le principe d'économie et à entrer dans les détails : *Comme l'expérience a fait connaître qu'il n'y a pas de loi si précise ni si simple qu'on ne trouve moyen d'é luder ; pour prévenir désormais les fausses interprétations que l'on s'est déjà efforcé de donner à quelques articles de l'édit d'Août 1679 sur les Duels, contre les intentions du feu Roi et les nôtres, nous avons jugé à propos d'y ajouter quelques nouvelles dispositions.*

L'intérêt général y trouvait sans doute son compte, mais c'était au détriment des droits de la défense. Et que l'on ne dise pas que l'énormité du crime justifiait cette rigueur, car l'appréciation de la gravité d'un fait est question d'opinion : à l'issue de la campagne suivante, ce furent les sodomites qui firent les frais de l'application rétroactive des lois incas aux populations conquises.

Comme les juristes chinois de l'époque impériale¹, de même que les philosophes grecs² et une doctrine britannique³ constante⁴, la civilisation occidentale condamne cette manière de procéder et interdit l'application rétroactive des lois pénales⁵.

Le droit criminel français se prononce bien sûr en ce sens⁶, car il estime qu'il y va de la liberté individuelle⁷ et de la sécurité juridique⁸. Pour leur part, les moralistes soulignent que le principe de la responsabilité subjective interdit aux pouvoirs publics de reprocher à un justiciable de n'avoir pas observé une loi inconnue⁹ à l'époque des faits¹⁰.

Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale est consacré de nos jours tant par l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹¹ que par l'article 7 de Convention européenne des droits de l'homme¹². Il revêt donc un caractère impératif qui s'impose à notre législateur. Dès lors, si ce dernier a autorité pour dire que, dorénavant, tel acte donnera lieu à telle sanction pénale, il lui est en revanche interdit de décréter que tels actes passés ont constitué un délit ou sont sanctionnés de telle peine. À supposer qu'une

¹ **Code annamite de Gia Long**, art. 42, commentaire : *Si le nouveau décret est plus sévère, que la faute ait été commise avant le décret et soit jugée après sa promulgation, on ne peut appliquer le nouveau décret et suivre la législation plus sévère.*

² **Démosthène**, « contre Timocrate » (§75), mettant en regard dictature, arbitraire et rétroactivité, d'une part ; démocratie, légalisme et non-rétroactivité, d'autre part : *Les lois n'édictent des ordres que pour l'avenir.*

³ **Bacon**, dans son « Traité sur la justice universelle », écrivait : *Nous n'aimons pas à voir Janus au milieu des lois... Moneat lex, priusquam feriat.*

⁴ **Glanville Williams**, « Criminal law », (Londres 1953) p.439 : *La deuxième conséquence du principe de la légalité criminelle est l'interdiction des lois pénales rétroactives.*

⁵ **Von Liszt**, « Traité de droit pénal allemand », T.I p.136 : *Les prescriptions du droit pénal s'appliquent aux actes commis pendant qu'elles sont en vigueur, jamais elles ne s'appliquent à ceux commis avant ou après cette période.*

⁶ **Constitution du 24 juin 1793**, préambule art. 14 : *Nul ne doit être puni qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit. La loi qui punirait les délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime.*

⁷ **R. & P. Garraud**, « Précis de droit criminel » (15^e éd.) p.120 n°49 : *Le législateur n'incrimine et ne punit que pour l'avenir. Ce concept limite le pouvoir de l'État dans ses rapports avec la liberté de l'individu.*

⁸ **Merle et Vitu**, « Traité de droit criminel » T.I (7^e éd.), p.341 n°252 : *Le principe de la légalité criminelle et celui de la non-rétroactivité ont une origine historique commune ; il sont l'un et l'autre l'expression de cette considération qu'il faut protéger les individus contre l'arbitraire du pouvoir, et que la sécurité de chacun serait compromise par les lois auxquelles on donnerait une portée rétroactive.*

⁹ **Benjamin Constant**, « Politique constitutionnelle », T. I, p.289) : *Il est nécessaire d'indiquer les caractères qui font qu'une loi n'est pas une loi : la rétroactivité est le premier de ces caractères..*

¹⁰ **Vittrant**, « Théologie morale » (25^e éd.) p.35 n°55 : *La loi est faite pour imposer une obligation ; comme telle elle régit l'avenir.*

¹¹ **Déclaration universelle des droits de l'homme**, de l'O.N.U. : Art. 11 (al. 2) - *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international.*

¹² **Cour EDH** 10 octobre 2006 (D. 2007 124) : *L'art. 7 de la Conv. EDH consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines et prohibe, en particulier, l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé.*

loi ait enfreint ce principe fondamental, il appartiendrait aux tribunaux de se refuser à l'appliquer (voir le chapitre consacré à cette question dans « Le jugement pénal »).

Dans l'hypothèse inverse, où les droits individuels ne se trouvent plus menacés, tout législateur¹ peut légitimement décider que telle loi nouvelle plus douce s'appliquera rétroactivement². Il s'agit là d'une règle d'humanité ; et non d'une règle de justice, contrairement à ce que certaines Conventions pourraient laisser croire³.

d) Le principe de la publication des lois

137 - LA NÉCESSITÉ DE LA PUBLICATION DE LA LOI. Tant qu'elle n'a pas été promulguée⁴ puis publiée, donc portée effectivement à la connaissance des justiciables, la loi est tenue pour incomplète⁵ et inapplicable par les juges⁶. Ce principe a été consacré par la Cour de cassation⁷, aussi bien pour les lois que pour les décrets et arrêtés⁸.

On percevra mieux l'importance de cette règle, si l'on se rappelle que les despotes ou dictateurs tiennent certaines lois secrètes afin que leurs sujets ignorent les limites exactes de leur liberté d'action⁹, et se trouvent en conséquence soumis au bon plaisir des dirigeants¹⁰. Sous l'Empereur Caligula, une loi fiscale fut écrite en caractères très fins sur une plaque d'une blancheur éblouissante, et suspendue au sommet d'un mât ; on espérait

¹ **Code annamite de Gia Long.** Sous l'article 42, le traducteur (Philastre) rapporte cette annotation d'un légiste chinois : *Si le nouveau décret est plus doux, quoique la faute soit commise avant sa promulgation, on doit appliquer le nouveau décret, plus libéral.*

² **Jeandidier**, « Droit pénal général » (2^e éd.), p.147 n° 135 : *Le principe de la non-rétroactivité est flanqué d'un principe concurrent qui en relativise quelque peu la portée : il s'agit de la rétroactivité de la loi pénale plus douce, dite encore rétroactivité in mitius...La jurisprudence estime qu'elle a une valeur permanente.*

³ **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**, art.15 : *Si, postérieurement à une infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.*

⁴ **Hobbes**, « Le citoyen, ou les fondements de la politique » XIV-13 : *La connaissance des lois dépend du législateur qui doit en faire la promulgation, sans laquelle ce titre ne leur conviendrait pas. Il n'y a pas loi si la volonté du législateur n'est pas déclarée.*

⁵ **Von Liszt**, « Traité de droit pénal allemand » (Paris 1911) T.I p.129 : *La décision prise, mais non promulguée, n'est pas une loi.*

⁶ **St Thomas d'Aquin**, « Somme théologique » I-II Q.90 art.4 : *Pour que la loi obtienne force obligatoire, ce qui est le propre de la loi, il faut qu'elle soit appliquée aux hommes qui doivent être régis par elle. Or une telle application se réalise par le fait que la loi est portée à la connaissance des intéressés par la promulgation.*

⁷ **Cass.crim.** 6 février 1874 (S. 1874 1 281) : *C'est la publication même qui rend obligatoires les lois.*

⁸ **Cass.crim.** 23 novembre 1935 (Bull.crim. n°134 p.242) : *Sont dépourvues de force obligatoire les dispositions des lois ou décrets qui n'ont pas été, par leur publication dans les formes légales, portées à la connaissance des citoyens.*

⁹ **Poulet**, « Histoire du droit criminel à Liège » : *Au XIII^e siècle, on peut dire que l'incertitude des traditions juridiques était un véritable élément de despotisme en faveur des classes dominantes. À Liège notamment, un corps d'échevins inamovibles, seul gardien et seul interprète d'une loi qui n'était écrite nulle part et qui n'était pas connue de la masse, dominait étroitement cette masse. On comprit alors qu'il était nécessaire de dresser une sorte de Code pénal régulier, qui protégeât en même temps les riches et les pauvres, les petits et les grands, les forts et les faibles.*

¹⁰ **Aubaret**, dans son introduction au Code annamite, écrit : *En Cochinchine, les coupables ignorent constamment la loi ou la règle qui les punit, et le peuple ne sait que par oui-dire, à quelles peines il s'expose en commettant un délit. Toutes les personnes interrogées sur la raison qui a pu conduire les mandarins à s'approprier ainsi exclusivement la connaissance des lois répondent naïvement et sans aucune aigreur que c'est pour prévenir les discussions. Il ne faut donc pas s'étonner de l'ascendant extraordinaire d'une classe peu nombreuse et qui juge sans appel. Ce qui prouverait du reste le grand intérêt qu'apportent les mandarins à cette possession exclusive du Code, c'est la rareté extrême de cet ouvrage.*

ainsi que le public ne pourrait la lire, et que nombre de citoyens se trouveraient de la sorte en infraction pour le plus grand bénéfice du Trésor public.

Un législateur libéral n'use assurément pas de telles méthodes. Il a même intérêt à faire procéder à une publicité aussi efficace que possible de la loi afin d'accroître les chances qu'elle soit quotidiennement respectée¹. Cette règle de bon sens et d'équité a été jadis suivie aussi bien par les pouvoirs publics² français³ que par les souverains incas sur leurs terres⁴. Les gouvernants combinent même souvent une publicité orale et une publicité écrite ; dans l'Inde traditionnelle, par exemple, les édits étaient, d'une part proclamés par un tambour de ville, d'autre part gravés sur une plaque de métal suspendue à un poteau de bambou.

Si la publicité des lois se rencontre dans presque tous les systèmes juridiques, c'est toutefois dans les vraies démocraties libérales qu'elle prend tout son sens, puisqu'elle n'y est pas conçue comme une mesure prise dans l'intérêt de l'État, mais plutôt comme une prescription posée dans l'intérêt du Bien commun de la Nation et des personnes⁵. L'application à un prévenu d'une loi qui n'aurait pas été préalablement portée à sa connaissance⁶, constituerait une violation, tant du principe de la légalité des délits et des peines, que du principe de la responsabilité subjective⁷.

Ce double fondement de la publicité des lois a pour première conséquence d'étendre son domaine d'application. Sous l'Ancien droit⁸, seules les lois techniques supposaient une publication ; cette formalité ne s'imposait pas pour les lois relevant du droit naturel et confirmées par le droit coutumier, comme l'interdiction de tuer, de voler ou de se parjurer ; leur consécration par une ordonnance royale ne faisait que renforcer leur autorité morale⁹.

¹ **Cicéron**, « Traité des lois » 18 : *C'est l'ignorance plutôt que la connaissance du droit qui cause les procès.*

² **De Ferrière**, « Dictionnaire de droit », à propos de l'édit d'Henri III sur le recel de grossesse et d'accouchement : *Afin que cette ordonnance ne pût être ignorée d'aucune fille ou femme, il enjoignit aux Curés de la publier aux prônes de leurs messes paroissiales de trois mois en trois mois.*

³ **Règlement de la police parisienne** du 22 décembre 1541. Ce texte s'achève en ces termes : *Afin qu'aucun ne puisse prétendre cause d'ignorance, la Cour ordonne que le présent arrêt et règlement sera lu et publié au parc civil du Châtelet de Paris, l'audience tenant, et à son de trompe et cri public, par les carrefours de ladite ville et les faubourgs d'icelle.*

⁴ **Garcillasso de la Vega**, « Histoire des Incas » (T.III p.24), signale qu'une voie de la capitale s'appelait la rue Rimacpampa « ce qui signifie la place qui parle, parce que c'était dans cette rue que les Incas faisaient publier leurs édits. Les ordonnances étaient publiées en certains temps de l'année afin que les habitants ne prétendissent les ignorer et qu'ils se missent en devoir de les exécuter ».

Il indique par ailleurs (T.II p.431) : « L'Inca Pachacutec ordonna que les paysans et les ouvriers qui travaillaient à la campagne vinssent à la ville et au marché de neuf en neuf jours afin d'y voir et entendre les choses que l'Inca et son conseil auraient établies ».

⁵ **Blackstone**, « Commentaires sur les lois anglaises » (T.I, p.222), rappelle qu'un statut d'Édouard I relatif à la Grande Charte ordonnait « d'en envoyer des copies à toutes les églises et cathédrales, et d'en faire la lecture au peuple deux fois par an ».

⁶ **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV –Morale » (2^e éd.), p.93 n°77 : *La loi doit être promulguée, sans quoi elle ne pourrait obliger. Elle est en effet essentiellement une règle qui s'adresse avant tout à la raison, et elle ne peut être obéie qu'autant qu'elle est suffisamment connue.*

⁷ **Bertaut**, « Le directeur des confesseurs » (Lyon 1674) p.61, se plaçant dans une optique purement spiritualiste, enseignait que : *La publication est une condition essentielle à la loi, sans laquelle elle n'oblige point.*

⁸ **Domat**, « Traité des lois » (Paris 1689,) Chap. XI, n°47 : *Les lois arbitraires n'obligent et n'ont leur effet qu'après qu'elles ont été publiées ; les lois naturelles ont leur effet indépendamment de toute publication.*

⁹ **Jolivet**, « Traité de philosophie » T.IV –Morale » (2^e éd.), p.122 n°102 : *Les règles tirées du droit naturel par le droit positif, et édictées sous forme de lois accompagnées de sanctions, tiennent leur valeur principale de la rigueur avec laquelle elles sont dérivées du droit naturel.*

De nos jours toute prescription assortie d'une sanction pénale doit être publiée¹, dans les conditions prévues par l'article 1^{er} du Code civil.

L'aspect individuel de la règle, auquel on a peu songé sous la Révolution (qui a nourri l'illusion de croire que les nouvelles procédures législatives rendraient la loi accessible à tous), implique que les dispositions ne visant que certaines personnes ou certains lieux soient efficacement publiées par voie de notification ou d'affichage². On songe par exemple à l'obligation faite aux autorités de d'apposer des panneaux de signalisation pour préciser les règles spéciales de circulation locales³.

Les facilités qui sont offertes par les progrès des moyens de communication conduisent à renforcer l'exigence de la publication des lois, ordonnances et décrets, (des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, voire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme) par l'autorité publique⁴. Ainsi, de nos jours, l'État a le devoir de gérer un accès gratuit et sûr à l'ensemble des sources du droit français par la voie d'Internet ; il s'en acquitte sur le site « Légifrance » (service public de l'accès au droit), qui n'est toutefois pas parfaitement fiable.

¹ **Puech**, « Droit pénal général », p.61 n°159 : *La loi pénale, comme n'importe quelle loi, doit être publiée au Journal officiel, dans les formes régulières et elle prend force obligatoire à l'expiration d'un bref délai...L'exception d'ignorance de la loi laisse place à la preuve contraire. Le ministère public a la possibilité de la faire tomber en démontrant que l'intéressé connaissait cette loi.*

² **Bentham**, « Principes du Code pénal » : *Les lois qui ne concernent que certains lieux, comme les marchés, les spectacles, les endroits publics doivent être affichées dans les places mêmes où l'on a besoin qu'elles soient présentes à l'esprit des citoyens.*

³ **Trib.pol. Paris** 15 septembre 1994 (Gaz.Pal. 1995 II J 442) a énoncé ce qui n'est plus qu'un principe : *Les dispositions réglementaires prises par l'autorité compétente en vue de compléter le Code de la route, doivent faire l'objet de mesures de signalisation et ne sont opposables aux usagers que si lesdites mesures ont été prises.*

⁴ **Commission de réforme du droit du Canada**, Étude préliminaire (3.19) : *La Codification doit permettre de fournir, au public et au monde judiciaire, des règles de droit facilement accessibles, qui puissent être connues de façon commode et être comprises à leur simple lecture sans avoir à recourir à des techniciens, à des commentaires, à des compilations de jurisprudence ou à des recherches fastidieuses de précédents.*

138 - PLAN DE L'OUVRAGE. Après avoir exposé les principes généraux de législation, nous devons maintenant étudier leur mise en œuvre dans les trois domaines du Droit pénal. À cette fin nous respecterons le plan qui s'est dégagé tout au long de notre introduction¹ ; il suit le chemin imposé aux tribunaux répressifs par le Code de procédure pénale : partir des faits matériels, rechercher leurs auteurs, prononcer la sanction adéquate.

PREMIÈRE PARTIE : LA LOI D'INCRIMINATION

DEUXIÈME PARTIE : LA LOI D'IMPUTATION

TROISIÈME PARTIE : LA LOI DE SANCTION

¹ **Jhering**, « L'esprit du droit romain » (Paris 1877) T.I p.37, nous indique la méthode à suivre : *Le système, en matière de droit comme dans toute autre branche de la connaissance, ne doit pas être un ordre artificiellement appliqué à l'objet, mais un ordre que l'on extrait du fond même de l'objet... Qui dit système, dit ordonnance interne de la chose même.*