

**LE RÔLE DE LA
DOCTRINE EN
DROIT PENAL**

Guillaume BEAUSSONIE

LE RÔLE DE LA DOCTRINE EN DROIT PENAL

Préface de Bertrand de Lamy

Professeur à l'Université de Toulouse I

L'Harmattan

5-7, rue de l'École-Polytechnique ; 75005 Paris

FRANCE

L'Harmattan Hongrie

Könyvesbolt
Kossuth L. u. 14-16
1053 Budapest

Espace L'Harmattan Kinshasa

Fac. des Sc. Sociales, Pol. et Adm. ;
BP243, KIN XI
Université de Kinshasa – RDC

L'Harmattan Italia

Via Degli Artisti, 15
10124 Torino
ITALIE

L'Harmattan Burkina Faso

1200 logements villa 96
12B2260
Ouagadougou 12

BIBLIOTHÈQUE **S** DE DROIT

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR JEAN-PAUL CÉRÉ
Maître de Conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Cette collection a pour vocation d'assurer la diffusion d'ouvrages scientifiques sur des thèmes d'actualité ou sur des sujets peu explorés dans le domaine des sciences juridiques. Elle se destine notamment à la publication de travaux de jeunes chercheurs.

Ouvrages parus :

- S. GRUNVALD et J. DANET, La composition pénale. Une première évaluation
- G. ROUSSEL, Les procès-verbaux d'interrogatoire. Rédaction et exploitation
- R. MONTAGNON, Quel avenir pour les juridictions de proximité ?

BIBLIOTHÈQUE DE **DROIT PENAL**

A ma famille

Préface

Les travaux traitant de la doctrine en général s'intéressent à la doctrine civiliste, internationaliste, publiciste, travailliste ou encore commercialiste mais jamais pénaliste. Ce silence n'est pas comblé par les ouvrages de droit pénal. Les manuels ou traités qui abordent la responsabilité pénale, décrivent les incriminations ou étudient la procédure pénale, sont également, le plus souvent, muets sur ce sujet. On n'en appréciera que mieux le travail proposé par M. Beaussonie.

« Le rôle de la doctrine en droit pénal », n'est pas une galerie de portraits, un voyage un peu nostalgique dans le passé. Le lecteur retrouvera bien entendu ici des noms connus, comme Garraud, Garçon, Donnedieu de Vabres ou Cuche. Mais, au-delà, le présent ouvrage est l'expression de la curiosité d'un juriste d'aujourd'hui pour les idées, leur destin et leur confrontation, s'interrogeant sur la façon dont s'est structurée et a évolué la discipline qu'il a choisie comme objet d'étude. Levons une éventuelle ambiguïté. Il ne s'agit pas pour l'auteur de revenir une fois encore sur les doctrines pénales, entendues comme ces mouvements ayant inspiré la politique criminelle, qu'il s'agisse de la défense sociale nouvelle ou de la pensée classique. M. Beaussonie propose une recherche sur la doctrine *pénaliste*, c'est-à-dire sur la pensée juridique en droit pénal, même s'il est vrai qu'il y a d'inévitables entrelacs entre les doctrines pénales et la doctrine pénaliste.

La doctrine – *doxa* signifie « opinion » – est un point de vue, non une vérité. Elle est alors plurielle, mais au-delà de la diversité, c'est son autorité morale, sa force de conviction qui lui permet d'inspirer parfois le législateur ou le juge et de passer, par une alchimie dont elle n'est pas maître, du monde de l'idée à celui du droit positif.

L'histoire de la doctrine pénaliste va notamment de pair avec l'évolution des sources du droit pénal. Le rôle joué dans la reconnaissance de la place de la jurisprudence a été important, et le formidable développement contemporain du droit pénal européen et du droit pénal international est un terrain de réflexion privilégié. De l'élaboration du Code pénal de 1810 jusqu'au mouvement d'internationalisation contemporain, l'évolution des idées est extraordinaire et le rôle joué par la doctrine demeure essentiel. La spécialisation du droit pénal a trouvé également un écho chez les auteurs. Leurs ouvrages arrivent à rendre intelligible un ensemble de normes et de solutions dont la logique n'est pas toujours évidente. Paraissent alors des ouvrages de droit pénal financier, de droit pénal des affaires, de droit pénal européen et de droit pénal international.

Le droit pénal, dans toutes ses composantes, est une discipline technique parce que sans mécanismes précis ni analyses juridiques fines, les grands principes proclamés ne sont que des déclarations d'intention. La protection des libertés individuelles réclame la mise en œuvre de règles rigoureuses et la doctrine est une mine de réflexions, d'analyses, de propositions permettant aux praticiens de trouver les compléments indispensables du droit positif. Les auteurs que l'on retrouve dans l'ouvrage de M. Beaussonie ont eu, pour beaucoup d'entre eux, ces qualités d'être à la fois des techniciens, ayant la précision d'horlogers, et des penseurs capables de formuler des propositions orientant l'évolution de la discipline. Ils ont eu ce talent de conjuguer l'humilité du technicien avec la hauteur du visionnaire.

L'auteur, sans chercher à être exhaustif, nous amène à l'origine de certaines idées ou mécanismes, montre l'audace des uns et les formidables perspectives ouvertes par quelques autres. Bref, il convainc, s'il en était besoin, de la richesse du droit pénal et met en avant ceux qui ont contribué à forger son identité. Cette doctrine a joué, en effet, un rôle essentiel dans la construction du droit pénal, dans son édification en système et a contribué à sa vie en jouant un rôle prospectif. La mission de la doctrine est, tout d'abord, de faire comprendre une discipline en la rendant plus

intelligible et en proposant une étude systématique ; ensuite, de critiquer les lois et les solutions des juges ; enfin d'ouvrir de nouveaux horizons en mettant en garde mais aussi en proposant, en faisant œuvre d'imagination.

M. Beaussonie cite essentiellement, par délicatesse, les auteurs d'hier, mais la doctrine pénaliste contemporaine est bien présente. Son rôle est plus que jamais essentiel pour maintenir les repères et donner des directions dans une matière étouffée par la boulimie législative.

La doctrine en général a certainement du mal à se faire entendre de nos jours. N'est-il pas paradoxal que sur tout débat traitant de la délinquance ou des difficultés de la justice on entende, outre l'analyse indispensable des praticiens du droit, l'avis d'un sociologue, celui d'un psychologue mais jamais le point de vue d'un professeur de droit ?

Si la doctrine vit de la communication, peut-elle avoir de nos jours une oreille attentive hors du cercle des juristes, les médias préférant les slogans à l'argumentation et l'émotion à la réflexion ?

L'auteur aborde plusieurs pistes contribuant à expliquer les difficultés de la doctrine aujourd'hui, dont celle du temps. Le temps doctrinal s'écoule plus lentement que le temps judiciaire, social et technologique, les auteurs ont alors davantage de mal qu'hier à être entendus et à trouver leur place dans un certain nombre de débats. Mais c'est aussi en restant hors de ce temps, qui s'écoule trop vite, que la doctrine peut jouer son rôle de stabilisation dans lequel la codification a échoué alors qu'il s'agissait là d'une de ses fonctions essentielles. Le temps confère à la doctrine la maturité et la sagesse, lui laisse la possibilité de plonger au fond des choses. Alors qu'un examen rapide et superficiel ne donne qu'une image assez pâle de telle nouveauté, la doctrine en découvre toute la richesse et la subtilité de ses implications, parfois ses dérives ou son danger.

On pourra également, à la faveur de la lecture, s'interroger sur la place de l'enseignement du droit pénal dans les Universités et se demander si l'on peut convenablement former les juristes de de-

main sans proposer de cours de droit pénal international, de droit pénal européen et de droit pénal comparé.

Le thème du présent ouvrage est audacieux et la démarche entreprise d'autant plus téméraire que l'auteur sait parfaitement que le sujet est loin d'être épuisé. L'étude de la doctrine est souvent réservée à des auteurs plus mûrs, on ne saurait cependant reprocher à M. Beaussonie d'avoir choisi la difficulté et de se passionner pour ce qui insuffle un esprit à une discipline intéressant la liberté et les valeurs.

Ce travail est issu d'un mémoire de DEA présentant sans doute les imperfections et défauts d'un genre qui appelle l'indulgence du lecteur. Souhaitons simplement que le non-pénaliste puise dans ces pages l'envie de découvrir plus avant la matière, et que le pénaliste trouve peut-être le goût de pousser plus loin des recherches dont ce livre constituerait l'une des prémisses.

Bertrand de Lamy

Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à l'Université de Toulouse I
Directeur du Master de
Droit pénal et Sciences criminelles

Principales abréviations

Art	Article
Cass. crim.....	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ	Code civil
Cons. d'Et.....	Conseil d'Etat
C. pén.....	Code pénal
C. pr. pén	Code de procédure pénale
Dr. pén	Revue Droit pénal
Ed.....	Edition
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JO	Journal Officiel
JCP	Jurisqueuseur, La semaine juridique
Not.....	Notamment
P, pp.....	page(s)
Préc	Précité
Rev. sc. crim	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RFD adm	Revue française de droit administratif
RTD civ.....	Revue trimestrielle de droit civil
S.....	suivant
Supra.....	Supra
V.....	Voir

« *Respondere, cavere, agere* »
(répondre, être sur ses gardes, emmener).

Cicéron

Introduction

De la doctrine en général à la doctrine juridique¹. « Ensemble des notions qu'on affirme être vraies et par lesquelles on prétend fournir une interprétation des faits, orienter ou diriger l'action » selon le *Robert*, on ne peut parler en vertu de ce sens couramment admis que d'« une doctrine » ou de « la doctrine de... ». Ainsi en est-il de la doctrine marxiste de la lutte des classes ou de la doctrine naturaliste dans la littérature du XIX^e siècle. Or, en droit, et seulement en droit, il est fréquent d'entendre parler de « la doctrine », celle-ci étant dotée de diverses épithètes propres à son humeur : divisée un jour, unanime le lendemain, autorisée ou encore dissidente, voire isolée... Le *Robert*, toujours, reconnaît conséquemment au mot une acceptation purement juridique : l'« ensemble des travaux juridiques destinés à exposer ou à interpréter le droit, par opposition à *Législation* et à *Jurisprudence* ». Certes, cette définition a le mérite de souligner l'existence d'une sémantique propre du mot en droit ; mais elle est incomplète.

Le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant retient quant à lui quatre sens au mot « doctrine ». On y retrouve, outre le sens courant du mot adapté au domaine juridique, à savoir l'« opinion exprimée sur une question de Droit particulière [...] ; la conception développée au sujet d'une institution ou d'un problème juridique », la définition particulière du *Robert* – « ensemble des ouvrages juridiques » – *ainsi que*² l'« ensemble des auteurs » desdits ouvrages et, enfin, l'« opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (la « *communis opinio doctorum* »), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit ».

¹ Voir P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 1.

² C'est ici que le *Vocabulaire juridique* complète la définition du *Robert*.

La doctrine juridique semble donc pouvoir être définie comme, d'une part, l'ensemble des auteurs qui pensent le droit et, d'autre part, leurs écrits et leurs opinions sur le droit. Ainsi posée, cette définition appelle quelques précisions tant sémantiques – nous avons vu que les mots ont leur importance – qu'historiques.

La doctrine, entité ou individualité ? La question intéresse la composition de la doctrine tout autant que la valeur attachée à ses opinions, notamment lorsqu'elles sont dissidentes. Un récent débat a ainsi secoué le monde des auteurs afin de savoir s'il convenait de parler d'une entité doctrinale³ ou d'individualités diverses et variées⁴, toutes différentes quant à leurs apports, leurs opinions, et quant à la valeur de ces dernières.

Sans entrer dans la polémique, mais sans se dérober complètement, on peut simplement constater que les deux thèses ne sont pas antinomiques. Si les auteurs forment bien un corps particulier, une communauté au sein de laquelle tous parlent le même langage, utilisent les mêmes moyens de diffusion et à l'entrée de laquelle une sélection s'opère (les profanes en sont exclus), cette entité n'est pas homogène. Chacun parle en son nom, en toute indépendance et en toute liberté, ses paroles n'engageant pas le reste de la doctrine. Il existe bien une « *communis opinio doctorum* », mais elle ne prive aucun auteur du droit de s'en écarter, de même qu'elle ne condamne pas cette opinion, alors dissidente, à rester lettre morte. Aussi la doctrine est-elle bien un phénomène collectif, tout en laissant chacun de ses membres libre de ses opinions.

Une autre partie de la doctrine semble proposer de n'accueillir en son sein que les auteurs faisant autorité. N'en serait membre que le juriste à qui la doctrine reconnaîtrait ce titre. Ainsi, selon ce

³ P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, chroniques, p. 167.

⁴ L. AYNES, P-Y GAUTIER et F. TERRE, « Antithèse de l'entité », *D.*, 1997, chroniques, p. 229 ou X. LABBE, « Les auteurs ne forment-ils pas un corps ? », *Introduction générale au droit, pour une approche éthique*, Septentrion, 1998, p. 128.

courant de pensée, « *une doctrine sans autorité est morte* »⁵, privée de toute utilité, et donc de toute reconnaissance. Ce point de vue n'est en tout cas pas celui des éditeurs juridiques, les revues qualifiant de doctrinale la quasi-totalité de leurs publications, que ces dernières aient eu une réelle autorité ou pas. Pour faire partie de la doctrine, n'est-ce pas plutôt l'opinion – éclairée par une formation en droit – qui compte ?

Doctrines ou doctrines ? La doctrine juridique est évidemment liée au droit, à ses évolutions. Or le droit se spécialise, se divise en rameaux de plus en plus autonomes. Le droit pénal en est l'exemple le plus frappant : au partage traditionnel procédure-droit substantiel, s'ajoutent les droits pénaux des affaires, du travail ou encore des mineurs. Certains voient même en ces règles moins une branche de droit unifiée que la sanction de toutes les autres. Il y a un peu de ça sans doute ; pourtant, il est indéniable que le droit pénal est pleinement autonome : il a ses propres valeurs, ses propres sources, ses propres principes directeurs et, bien entendu, ses propres spécialistes. Les différents droits pénaux obéissent à des principes communs et ne fondent ainsi pas des branches de droit pleinement indépendantes. Le droit pénal des affaires obéit par exemple aux principes posés par le livre premier du Code pénal ; il n'est donc pas foncièrement autonome. Il faut ainsi parler plutôt d'un droit pénal pluridisciplinaire⁶ et, par conséquent, d'une doctrine pénaliste unique, plus ou moins spécialisée dans tel ou tel champ d'intervention du droit répressif.

Ce mouvement de spécialisation a de réelles répercussions. Chaque branche du droit a désormais ses techniciens, sa doctrine. Ainsi existe-t-il des spécialistes propres au droit pénal ; ils forment la doctrine pénaliste.

De la doctrine pénaliste. Avant de s'attacher à la formation de cette doctrine, une distinction fondamentale s'impose. Les auteurs qui pensent le droit pénal sont bien souvent porteurs d'un

⁵ P. MALAURIE, « Rapport français sur la doctrine », *Travaux de l'Association Henri Capitant, les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges (journées italiennes)*, tome 21, 1980, p. 89.

⁶ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 15.

message plus large, plus politique ou philosophique. Ainsi, ils se regroupent au sein de doctrines **pénales**⁷, le mot retrouvant ici son sens premier. Ces dernières ne se contentent pas de regrouper des criminalistes. En leur sein se trouvent des criminologues, des sociologues, des philosophes, des praticiens ou encore des penseurs. Ces doctrines transcendent les distinctions traditionnelles entre droit pénal de fond et droit pénal de procédure, en proposant une vision globale – voire globalisante – de la discipline. Des idées ainsi dégagées découle la technique. La doctrine de la défense sociale nouvelle, par exemple, est bien l'œuvre d'un technicien du droit, le magistrat Marc Ancel, mais il n'est pas le seul porteur de ces conceptions. Les conséquences de ces idées en droit positif ne sont donc généralement pas l'œuvre d'un juriste seul ; nous verrons malgré tout que, parfois, la distinction entre doctrine pénale et doctrine pénaliste reste difficile à établir, et la confusion est fréquente.

La doctrine pénaliste, quant à elle, n'est constituée que des auteurs qui écrivent sur le seul droit pénal. Mais avant de s'y intéresser, une précision sémantique doit une fois de plus être apportée. Nous parlerons aussi bien de doctrine pénaliste que de doctrine criminaliste, et considérerons ces termes – peut-être improprement, mais afin de faciliter l'étude – comme synonymes, désignant tous deux les spécialistes du droit pénal (parfois encore qualifié « droit criminel »), c'est-à-dire tant du droit pénal général que de la procédure pénale (et des matières quasi autonomes susvisées qui respectent les grands principes du droit pénal). Notre étude concernant l'ensemble du droit pénal, le recours à un terme générique nous paraît justifié, d'autant que les spécialistes du droit pénal général s'adonnent également, la plupart du temps, aux « plaisirs » de l'étude procédurale.

Exclusivement juristes, ces spécialistes sont majoritairement des universitaires. Mais les praticiens en font également partie

⁷ V. à ce sujet le « *Que-sais-je ?* » consacré à « L'histoire des doctrines pénales » par J. PRADEL, P.U.F., 1991 ou les développements de E. TILLET sur le même sujet au *Répertoire Dalloz* ; – V. aussi M. SEGONDS qui distingue dans un cahier spécial les écoles des auteurs : *Droit pénal général*, Tout le droit, Ellipses, 2004, p. 266 et s.

lorsqu'ils décident de communiquer leur expérience en ce domaine, ou encore lorsqu'ils prennent part à un débat de fond en qualité de juriconsulte. Ainsi, en droit pénal, les avocats, juges d'instruction ou procureurs prennent souvent la parole pour donner leur opinion éclairée sur un point de droit. Et ces praticiens font, à divers titres, des interventions récurrentes à l'Université. De réels échanges ont dès lors parfois lieu entre théoriciens et praticiens, certains auteurs décidant de leur côté de faire jouer une possibilité d'accès – limitée – au sein de la prestigieuse Cour de cassation, d'autres s'insérant même au sein du pouvoir législatif le temps de la rédaction d'un projet de loi. Mais ils restent avant tout les spécialistes d'un droit spécifique.

L'étude du droit pénal. La naissance du droit criminel en tant que tel peut être fixée au XIII^e siècle. Avant cela, il n'est qu'une branche du droit privé et ne fait l'objet que de quelques études sur des points précis, si ce n'est l'intérêt particulier qu'y portent quelques juristes canonistes⁸. Le premier traité spécialisé semble être le *Tractatus de maleficiis* de l'Italien Albert de Gandino, cette œuvre ouvrant la voie à toute une vague de grands criminalistes italiens.

C'est au cours du XVI^e siècle que renaît le droit pénal, toute une doctrine de spécialistes perfectionnant l'œuvre de leurs devanciers par un exposé plus simple et plus systématique des lois ; en bref, par un travail plus doctrinal⁹. Jean Imbert, Joss Damhouder, Julius Clarus, Prosper Farinacius et André Tiraqueau sont les principaux acteurs de ce renouveau. Le droit pénal a alors une dimension européenne, les auteurs écrivant tous en latin et correspondant fréquemment. La doctrine n'échappe pas à l'apport scientifique du XVII^e siècle, mais peu d'études s'intéressent au droit pénal seul¹⁰ ; le XVIII^e sera beaucoup plus pénaliste.

⁸ V. par exemple le *Traité de la procédure pénale* par Guillaume DURANTIS.

⁹ V. l'exposé beaucoup plus complet de l'*Histoire du droit pénal*, tome I, p. 13 et s., par A. LEBIGRE et A. LAINGUI, Cujas, collection Synthèse, 1979 ; ou le *Traité théorique et pratique du droit pénal français* de R. GARRAUD, tome I, 3^e édition, 1913, p. 147 et s.

¹⁰ V. tout de même l'ouvrage de C. LE BRUN DE LA ROCHETTE : *Les procès civil et criminel*, Rouen, 1625.

Forts d'un *corpus juris* de plus en plus conséquent (droit romain, coutumes, édits royaux, ordonnances, arrêts des Parlements...), les juristes du siècle des Lumières tentent de synthétiser le droit. En France, deux grands jurisconsultes s'y consacrent. Jousse, dans son *Traité de la justice criminelle en France* paru en 1771, classe les crimes et délits par ordre alphabétique. Plus original, Muyart de Vouglans suit un ordre davantage scientifique qui inspirera le législateur moderne, notamment dans son traité intitulé *Les lois criminelles de France suivant leur ordre naturel*. Puis vinrent les Lumières et la Révolution.

Le droit pénal moderne : l'apport de Beccaria. En 1766, un petit livre rédigé par un économiste¹¹ italien est traduit en français. Disciple de Montesquieu, Cesare Beccaria va formuler ses propositions de réforme du droit pénal dans son *Traité des délits et des peines*. Outre la volonté d'un principe de légalité fort quant aux incriminations et aux peines pouvant être prononcées, Beccaria s'érige contre l'usage de la torture et de la peine de mort¹². Son message est immédiatement répercuté par les plus grands criminalistes du temps – exception faite de Muyart de Vouglans, très attaché aux fondements traditionnels du droit pénal¹³ – et il continuera à inspirer les juristes postérieurs. Ses idées seront parfois remises en cause, mais il est peut-être nécessaire de rappeler que le principe de légalité reste l'élément fondateur du droit pénal... et que l'abolition de la peine de mort ne date en France que de 1981¹⁴. Trois codes sont élaborés sous l'influence de ces conceptions (les Codes pénaux de 1791 et 1810 et le Code d'instruction criminelle de 1808), et l'étude du droit criminel se résumera un temps à l'exégèse de ces textes.

Au cours du XIX^e siècle, certains auteurs contribuent par leur compétence, et par la notoriété qui s'y attache, à améliorer le droit

¹¹ Et donc un non-juriste.

¹² Pour une tentative de présentation plus complète de la pensée de l'économiste et de son influence, v. N. CATELAN, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, P.U.A.-M., 2004.

¹³ V. A. LAINGUI, « P.-F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria », *Archives de philosophie du droit*, 1995, p. 169 et s.

¹⁴ Même si BECCARIA fut ici « secondé » par de grands intellectuels et juristes : Victor HUGO, Robert BADINTER etc...

criminel en rédigeant des ouvrages plus ouverts à la pratique des tribunaux, et en faisant en sorte que la matière soit enseignée de manière autonome au sein des Universités. Ainsi, Faustin Hélie¹⁵, magistrat, et Joseph-Elzéar Ortolan¹⁶, titulaire de la première chaire de droit criminel à la Faculté de droit de Paris¹⁷, jouent un rôle essentiel dans l'évolution et dans la diffusion du droit pénal¹⁸.

Il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour qu'un profond renouveau de la matière et de ses fondements s'opère. Les œuvres capitales de Garraud¹⁹, Cuche²⁰ et Garçon²¹ rejettent notamment la croyance en l'efficacité d'un châtement d'expiation, contestant ainsi l'un des piliers du Code de 1810. L'importance de la jurisprudence est aussi mise en lumière, celle-ci étant désormais étudiée en elle-même et pour elle-même. Une nouvelle doctrine voit le jour qui influence encore les auteurs contemporains. La doctrine pénaliste contemporaine marque donc un compromis entre, d'une part, l'apport beccarien, incontestable sur bien des points, même si à la base plus idéologique que technique, et, d'autre part, le renouveau apporté au cours des XIX^e et XX^e siècles, plus scientifique. Elle reste également, comme toute doctrine, fille de la tradition juridique romaine.

L'étude de la doctrine pénaliste et de son rôle. Les auteurs, en droit pénal, s'intéressent peu, voire absolument pas, à

¹⁵ V. notamment son *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e ed., 1866.

¹⁶ V. ses *Éléments de droit pénal*, publiés en 1855 et plusieurs fois réédités.

¹⁷ V. M. VENTRE-DENIS, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873), un juriste dans son siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1995, p. 173 et s.

L'auteur parle aussi de P. ROSSI, enseignant dans cette même Faculté, et qui fut l'un des acteurs pénalistes, avec J.-E. ORTOLAN, d'une première – mais véritable – prise en compte des excès exégétiques.

¹⁸ Joindre le destin de ces deux auteurs n'est pas artificiel. Leur notoriété dépassa le cadre du seul droit pénal, et joua donc, en soi, un rôle important dans la diffusion de ce dernier. Et si J.-E. ORTOLAN put comprendre l'importance de la pratique en exerçant divers emplois à la Cour de cassation, F. HELIE assista au premier cours donné par J.-E. ORTOLAN.

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ V. *Précis de droit criminel*, Petits Précis, Dalloz, 7^e éd., 1939, n°14, p. 13 et s.

²¹ *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906.

leur propre rôle au sein de ce droit²². Si tous font mention des grands auteurs, aucune réflexion d'ensemble ne semble avoir été menée sur cette doctrine et son rôle. Certains en disent classiquement quelques mots en introduction, au sein du chapitre consacré aux sources du droit pénal²³, généralement pour dire qu'elle n'est pas source de droit, d'autres n'y font aucune référence, pas même dans leur index général²⁴. Et si une véritable indication est donnée, c'est pour souligner sévèrement le peu de créativité d'auteurs qui, ne parvenant pas de manière satisfaisante à définir l'infraction pénale, s'en remettent à la critique de l'inflation des normes répressives²⁵, ou plus simplement pour multiplier les précautions oratoires quant à d'éventuels apports²⁶. Constat étroit donc, qui a malgré tout le mérite de démontrer que la doctrine pénaliste se détache des autres pensées sur le droit. Constat qui, en outre, ne se réfère généralement qu'à la doctrine contemporaine au Code de 1994, occultant par là même le rôle joué par les auteurs classiques.

Les études sur la doctrine juridique²⁷ et son rôle sont généralement l'œuvre de civilistes ou de publicistes, mais ceux-ci ne s'intéressent que bien peu à la doctrine pénaliste. Le droit pénal est souvent relégué au rang d'exemple ou d'exception, voire même simplement occulté. Ces travaux éclairent malgré tout quant à un rôle général de la doctrine, transcendant les différentes branches du droit. Chaque doctrine garde bien entendu sa particularité, mais elle aspire usuellement à systématiser l'ensemble des règles aux-

²² Pour une exception, mais avec le même constat, v. B. DE LAMY, article sur la « Doctrine pénaliste » dans le *Dictionnaire des Sciences criminelles*, ouvrage collectif, sous la direction de G. LOPEZ et S. TZITZIS, Dalloz, 2004, p. 263.

²³ V. par exemple MM. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, dans *Droit pénal général*, Economica, 11^e éd., 2004, p. 181.

²⁴ V. par exemple le traité classique de MM. MERLE et VITU, *Droit pénal général*, tome I, Cujas, 1997.

²⁵ V. P. PONCELA et P. LASCOUMES, *Réformer le Code pénal, où est passé l'architecte ?*, Les voies du droit, P.U.F., 1998, p. 36 et s.

²⁶ R. LEGEAIS, « Le rôle de la doctrine et du droit pénal comparé dans la formation de la jurisprudence pénale française », *Mélanges R. Legeais*, p. 449.

²⁷ V. P. JESTAZ et C. JAMIN, *op. cit.* ; ou *La doctrine juridique*, Cahiers du C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1993 ; ou encore le numéro 20 de la revue *Droits* consacré à la doctrine en 1994.

quelles elle s'intéresse et, parfois, à jouer un rôle plus prospectif en influençant la législation ou la jurisprudence. Dès lors, le rôle de la doctrine pénaliste peut être envisagé par une étude proche de celles consacrées aux autres doctrines juridiques, tout en abordant, lorsqu'elles se présentent, les particularités propres à cette branche.

Plan de l'ouvrage. La doctrine pénaliste a donc une mission traditionnelle de systématisation logique de son objet, le droit pénal. Elle n'est pas différente en cela des autres doctrines, si ce n'est par la spécificité des normes auxquelles elle consacre son étude. Les lois pénales ont, en effet, toute la puissance que leur confère le principe légaliste, qui implique notamment des règles d'interprétation particulières s'imposant aux commentateurs. Il faut donc s'attacher dans un premier temps à la mise en place cohérente de ce système de normes particulières, avant de s'intéresser, dans un second temps, à l'entretien de ce système, qui doit s'effectuer sans dénaturer les principes traditionnels du droit criminel. On se place ici principalement *de lege data*, sous l'angle de la loi en vigueur (première partie).

Le droit, à l'image de l'homme, est relatif et changeant. Il évolue sans cesse. Il serait donc vain pour une doctrine de se placer sous le seul angle du droit positif. Parfois, les auteurs opérant *de lege ferenda*, sous l'angle de la loi à venir, parviennent à influencer sur les changements du droit pénal, leurs remarques s'imposant par leur logique scientifique. D'autres fois, ce sont les changements du droit pénal eux-mêmes qui s'imposent à la doctrine, celle-ci ne pouvant que les constater et s'adapter. Envisager le double fondement de ces évolutions, c'est entrevoir le rôle prospectif de la doctrine pénaliste (deuxième partie).

1^{re} PARTIE

**LA SYSTEMATISATION
LOGIQUE DU DROIT PENAL**

« *Un tout est beau lorsqu'il est un ; en ce sens, Cromwell est beau, et Scipion aussi, et Médée, et Aria, et César, et Brutus...* »²⁸

Un système pénal. La notion de système doit au préalable être précisée tant elle est plurielle et abondamment employée en droit. Sans entrer dans les grands débats qui animent ce concept, définissons-le de manière élémentaire comme tout ensemble cohérent de normes. Le droit pénal est ainsi « *un système au sens fort du terme* »²⁹, en raison de la précision nécessaire de ses incriminations et de ses normes, potentiellement attentatoires aux libertés. La mise en système, ou systématisation, implique donc un classement des règles pénales dans un ordre logique et cohérent, cette opération constituant la mise en place du système (Chapitre I). C'est historiquement le rôle premier de la doctrine.

Le droit évolue sans cesse, quantitativement et qualitativement, suivant en cela les changements de la société. Le droit pénal, originellement – et intrinsèquement – fortement politique, n'échappe évidemment pas à la règle. La doctrine doit ainsi entre-

²⁸ D. DIDEROT, *Lettre à Sophie Volland*, Langres, 10 août 1759.

²⁹ V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 137.

tenir le système mis en place pour qu'il conserve tous ses tères de logique et de cohérence (Chapitre II).

Un système moderne. Le présent ouvrage s'intéresse avant tout au rôle joué par la doctrine dans le droit pénal moderne, issu de la codification napoléonienne, et à son évolution contemporaine. Ainsi, c'est à dessein que l'Ancien droit n'est présenté qu'à titre de référentiel pour certaines comparaisons.

Le système juridique répressif antérieur aux codes du début du XIX^e siècle est emprunt d'une complexité due à de multiples causes (pluralité des sources de droit, absence de hiérarchie officielle de ces sources, rareté – et, souvent, manque de fiabilité ou de précision – des recueils d'arrêts...). Corrélativement, la connaissance et l'étude de ce droit sont difficiles et laissées au soin de quelques spécialistes, généralement historiens³⁰.

Mais surtout, le système moderne ne présente pas les mêmes caractères. Fondé sur le principe d'une loi forte, il offre, *a priori*, le commencement d'une théorie des sources, au sein de laquelle la norme législative aura quoi qu'il arrive un rôle important. Reste à connaître, *a posteriori*, la véritable teneur de ces sources, ainsi que leurs relations effectives.

³⁰ Pour une présentation des sources et de leur rôle dans l'Ancien droit – principalement la jurisprudence et la doctrine –, v. *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, Centre d'histoire judiciaire (CNRS-Lille II), 2002, et notamment R. MARTINAGE, « Les arrêts en matière pénale dans les ouvrages juridiques du XVI^e s. », p. 308 et s. et T. LE MARC'HADOUR, « Arrestographie et doctrine pénale dans la France moderne (XVII^e-XVIII^e s.) », p. 329 et s.

Chapitre 1

La mise en place d'un système pénal

Pour mettre en place un système cohérent de normes, encore faut-il définir au préalable quelles sont les règles prises en compte et leur valeur, c'est-à-dire qu'il faut établir une véritable théorie des sources en droit pénal (Section I). Cette question intéresse doublement la doctrine, qui connaît en premier lieu de nombreuses difficultés pour se situer, au sein ou en dehors de ces sources, mais devant, malgré ces difficultés, établir elle-même le rôle joué par chacune d'elles.

En second lieu, une fois les sources dégagées, la doctrine joue pleinement son rôle en classant les normes en un système cohérent (Section II). Elle élabore ainsi un ensemble de règles rendu logique tant dans les rapports entretenus par les normes entre elles, que par les relations entre ces règles et le système lui-même, pris dans son entier.

Section 1. L'opération préalable : l'identification des sources formelles du droit pénal

Trois « entités » essentielles. Dans les manuels de droit, trois entités sont classiquement présentées dans les développements consacrés aux sources : la doctrine, la loi et la jurisprudence. La coutume est parfois abordée, mais elle joue un rôle infime en droit pénal, en raison notamment de la puissance du principe légaliste, et ne présente aucune spécificité réelle en la matière ; elle n'a guère attiré l'attention des auteurs et ne fera donc pas l'objet de plus amples développements. La doctrine se refuse

un rôle de source, marquant par là même le particularisme de sa tâche : celle d'arbitre (§ I).

Deux sources réelles. Portalis affirma lors de son discours préliminaire sur le projet de Code civil en 1804 qu'« *en matière criminelle où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence* ». La conception de la doctrine quant aux sources en droit pénal fut conforme à ce postulat en ce qui concerne la toute puissance de la loi, mais elle dut s'adapter à la montée en puissance de la jurisprudence, seule capable de s'adapter en temps réel aux changements radicaux de la société. Il existe donc deux sources du droit pénal : la loi et la jurisprudence (§ II).

§ 1. La doctrine, arbitre des sources

Deux moments d'intervention. La doctrine est certainement indispensable pour l'émergence d'un système juridique rationnel. Composée en majorité d'enseignants-chercheurs, elle assure la formation des juristes, en particulier par l'apprentissage d'une méthode (A). Elle est donc la base nécessaire de l'élaboration d'un droit.

Les sources une fois en place, la doctrine n'est plus en leur sein qu'autorité (B).

A. La doctrine, formatrice des juristes

Les enfants de la doctrine. Dans ses « Remarques sur la doctrine³¹ », le Professeur Jean-Denis Bredin parle d'un juge « *enfant de la doctrine* ». L'auteur fut un jour étudiant en droit, de même que tous les magistrats et un certain nombre des parlementaires. Dès lors, culture juridique et esprit de méthode sont inculqués aux futurs juristes par des professeurs, l'intervention de ces derniers étant ainsi requise pour qu'un droit de qualité puisse se former. Egalement, un juge qui rend le droit connaît en général les différentes opinions doctrinales ; elles lui ont été enseignées au sein des

³¹ *Mélanges Pierre Hébraud*, p. 111 et s.

Facultés. Comment ne pas penser que celles-ci entrent parfois en jeu lorsqu'il rend sa décision ? Et quant au législateur, celui-ci ne choisit-il pas la plupart du temps de s'entourer de professeurs et autres spécialistes du droit pour rédiger ses textes ? Ainsi, former des esprits, instruire, éduquer parfois, est un rôle fondamental de la doctrine. Et même si l'on considère le double aspect que présente le vote des lois, à savoir l'aspect technique et l'aspect politique, l'influence de l'auteur enseignant peut être double. Si techniquement il sera, quoi qu'il arrive, fait appel à un juriste qualifié, politiquement, et notamment en droit pénal, un professeur membre de la Défense sociale nouvelle ou un autre, plus (néo)classique dans son approche de la matière, peuvent influencer un étudiant législateur de demain. Une véritable séduction intellectuelle s'opère parfois au sein des Facultés de droit, qui ne sera pas nécessairement détruite par la cassure théorie-pratique.

Mais, être l'enfant de la doctrine suppose aussi toutes les relations complexes et ambiguës entre enfants et parents. Certains juges peuvent sortir déçus de leurs quelques années passées sur les bancs des Facultés. L'enseignement au sein des Universités n'est en effet pas au goût de tous ; il paraît parfois trop éloigné de la pratique, et ne consacre peut-être pas suffisamment de place à la culture générale, pourtant indispensable dans la préparation des concours, tel que celui de l'Ecole Nationale de la Magistrature. Heureusement, parfois, d'anciennes complicités se réveillent lors des colloques, lieux d'échange entre praticiens et théoriciens du droit. A tel point que certains s'amusent à dénoncer l'épidémie de « *colloquite* » (sic) qui règne au sein des Facultés. Ces temps de rencontre permettent ainsi à chacun de profiter de l'expérience de l'autre. Il en sort quoi qu'il arrive, après la bataille, un droit de meilleure qualité, compromis entre les abus de la pratique et ceux de la théorie.

Une majorité d'enseignants. Etymologiquement, doctrine vient du latin *doctrina*, issu lui-même de *docere*, c'est-à-dire enseigner. S'il n'est pas nécessaire d'être docteur en droit pour obtenir sa carte de membre, il faut bien admettre que ces derniers sont largement majoritaires. Cela s'explique aisément : chercher est une part intégrante de la profession d'universitaire, ce qui n'est bien évidemment pas le cas d'un avocat ou d'un juge, soumis aux impé-

ratifs de rapidité du temps judiciaire. Le temps est, en effet, une condition impérieuse en matière de recherche, or l'enseignant seul le possède vraiment. Il n'a pas de délai raisonnable à respecter, pouvant ainsi prendre plus de recul sur une décision que praticiens vivent en temps réel. De plus, les professeurs sont dispensés de l'obligation de juger, l'indétermination du droit ne les enfermant pas dans le mutisme ou le moralisme³². Cette liberté dans le travail est indéniablement un facteur favorable à l'exploration de toutes les voies offertes par l'interprétation d'un texte et, ainsi, à la progression du droit. De même, l'approche comparatiste, bien que peu en vogue de nos jours, « est un luxe que seuls peuvent s'offrir ceux qui ont du temps à menbler »³³, mais nous y reviendrons. La doctrine se pose alors comme maillon essentiel d'une recherche libre et scientifique en droit, jouant subséquemment un rôle tout aussi prépondérant que le juge ou le législateur.

Autre point difficile à écarter, la tradition n'est pas un facteur négligeable au sein des Facultés de droit. Les juristes forment un corps, unis par un langage, une méthode de raisonnement spécifique et des études communes. Et au sein de ce corps, généralement, une hiérarchie s'instaure. Elle n'est peut-être pas la même en fonction des Facultés, et n'est pas ressentie par tous. Mais bien souvent, les professeurs de droit sont au sommet de celle-ci. Des chapelles existent aussi au sein même des Universités, les pénalistes assurant souvent la formation des futurs praticiens, notamment par l'intermédiaire de la Maîtrise dite de « carrières judiciaires » ou de son équivalent officieux. Et il est notable que le droit pénal joue un rôle essentiel dans la formation des futurs juges et avocats.

Traditionnellement, les professeurs de droit pénal, dans leurs cours et dans leurs manuels, ne (se) présentent la doctrine que comme autorité, sans s'expliquer plus longuement sur le fondement de cette autorité et sur les conséquences juridiques d'une telle qualification.

³² V. à ce sujet la note du Professeur D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, p. 455.

³³ C. MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p. 351.

B. La doctrine, autorité morale

La doctrine n'est plus une source du droit. Pour reprendre le titre d'un article du Doyen Carbonnier, il existe bien « *plus d'une définition dans la maison du droit* »³⁴. Et en vertu du choix de ces quelques mots, la teneur des sources du droit n'est pas la même. Ainsi, si l'on considère très largement le droit comme un équilibre, conception aristotélicienne, la doctrine est pleinement source en tant qu'elle participe au « *combat pour le Droit* », au sens que lui a donné Ihering, c'est-à-dire à la mise en place et au respect de cet équilibre³⁵. Mais c'est là une vision bien trop ample de la notion qui, si elle place la doctrine au premier rang des sources du droit³⁶, permet de faire entrer trop de facteurs parmi ces sources. Aussi, vaut-il mieux être moins ambitieux et s'en tenir à une notion d'un droit produit de l'autorité en vigueur, c'est-à-dire à une vision positiviste du droit, laissant par la même occasion l'épistémologie de ce mot à des personnes plus compétentes³⁷. Cette conception du droit semble de surcroît être dominante au sein des auteurs contemporains et n'est pas contredite par la toute puissance du principe de légalité en droit pénal. Seules sont ainsi véritablement effectives les sources de droit dites « formelles ».

Postulat de départ : il est établi que la doctrine fut un jour l'une de ces sources formelles. La *loi des citations*³⁸ de 426, intervenant sous le règne de Valentinien III, donna ainsi force de loi à l'opinion de cinq jurisconsultes disparus, prévoyant tout autant la valeur obligatoire de leurs écrits pour les juges, que les solutions à retenir en cas de divergence. Si Gaius, Paul, Ulpien, Papinien et Modestin s'avéraient en opposition, la majorité devait l'emporter ; en cas d'égalité, Papinien s'imposait. Si les Cinq ne s'étaient pas prononcés, mais qu'ils avaient cité l'opinion d'autres auteurs, alors

³⁴ Revue *Droits*, 1990, tome II, p. 5 et s.

³⁵ Pour une telle conception, V. le *Précis Dalloz de philosophie du droit* par Michel VILLEY, réédité en 2001.

³⁶ V. A. SERIAUX, « Les sources du droit, vision jusnaturaliste », *Revue de la recherche juridique*, 1990, n° 8, p. 166 et s.

³⁷ V. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Droit fondamental, P.U.F., 1^{re} éd., 1985 et du même auteur et avec le même titre, Dalloz, *Précis*, 1^{re} éd., 2002 (qui n'est pas une réédition du précédent).

³⁸ V. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, P.U.F., 1998.

cette opinion était retenue. En dernier recours, le juge trancherait. La doctrine put également être une source formelle non revendiquée. Par exemple, Philastre démontra que la composition des différents codes chinois, notamment celui des Ts'ing, s'imprégna peu à peu des commentaires des éminents juristes de L'Empire Céleste³⁹.

Ainsi, historiquement, la doctrine eut un jour formellement le statut de source de droit. Il n'existe désormais plus aucun fondement textuel permettant de justifier un tel statut en droit pénal⁴⁰.

Un auteur⁴¹ tenta dès lors de démontrer que les avis de la doctrine ne répondaient pas aux critères de la norme, lesdits avis étant conséquemment dépourvus de tout caractère obligatoire. En effet, la doctrine n'est tout d'abord pas un pouvoir au sens fort du mot, comme peut l'être le pouvoir législatif. Elle ne s'impose qu'exceptionnellement, ne répondant ainsi pas à l'exigence de permanence de l'autorité du pouvoir. De plus, comme il a été précédemment précisé, elle n'est que rarement – voire jamais – unitaire. Également, argument formel, la doctrine n'est pas officiellement publiée. Si « nul n'est censé ignorer la loi » et si chacun doit subir les conséquences de cette ignorance, personne n'est tenu de connaître la doctrine. Troisième critère, elle ne fait l'objet d'aucun contrôle. L'auteur n'engage que lui, il n'engage même pas la doctrine dans son entier ; le lecteur seul jugera. Quatrièmement, la doctrine n'est pas exacte et n'aspire pas à l'être. Ainsi, l'erreur d'un auteur ne provoquera pas de modification officielle, ni de censure. Enfin, le champ d'application de la doctrine est imprécis, contrairement à la loi qui s'applique territorialement (application dans l'espace) et qui peut être abrogée (application dans le temps). Pour illustrer cela, on peut citer Ihering une fois de plus : « *L'éducation juridique plane au-dessus du droit national ; elle rallie comme sur un terrain neutre, international, les juristes de toutes les contrées et de toutes les langues.*

³⁹ V. le site Internet de J.-P. DOUCET : ledroitcriminel.free.fr.

⁴⁰ Contrairement au droit international public : l'article 38, 1^o du statut de la CIJ dispose qu'elle applique « *sous réserve de la disposition de l'article 59 [...] la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* ».

⁴¹ X. LABBE, *Introduction historique au droit, pour une approche éthique*, Septentrion, 1998, p. 126 et s.

Les objets de leurs connaissances, les institutions et les droits de leurs pays différent, mais la manière de les considérer et de les concevoir est identique. Les vrais juristes de tous les pays et de toutes les époques pratiquent la même langue ». La mission du juriste est sans conteste belle et importante pour l'auteur allemand, mais elle est tout sauf précise.

La doctrine n'est pas une source formelle du droit pénal. Elle n'est donc pas une autorité par raison (*non ratiōne autoritatis*).

La doctrine est une autorité morale. Son pouvoir est de fait, purement persuasif. Ses écrits ne s'imposent que par leur valeur scientifique. Nous avons vu qu'ils ne possèdent pas le caractère contraignant de la loi et, ainsi, peuvent rester au rang de lettre morte. Ce pouvoir contient malgré tout en lui les rudiments d'une puissance en sommeil. Mais il faut bien reconnaître que la multiplication de commentaires d'arrêts et de lois a dissipé une partie de cette autorité. La doctrine est donc autorité de la raison (*autoritate ratiōis*).

Cette autorité put être puissante : les écrits de Garraud et de Garçon furent le fondement de nombre de décisions de la Chambre criminelle, leurs ouvrages se posant alors comme un complément nécessaire – qui ne peut pas ne pas être – au Code pénal de 1810. Des pans immenses du droit pénal spécial portent leur marque. Faustin Hélie, également, représenta à lui seul la doctrine pénale officielle de son temps. Plus puissante encore put être la parole des auteurs de l'Ancien droit pénal⁴², provoquant même la jalousie et la colère du président à mortier du Parlement de Bordeaux, Charles Dupaty, en 1787 : « *Jousse a écrit cela, et Jousse est l'esprit, la raison et la jurisprudence. Le jurisconsulte Maynard ne disait-il pas en traitant une question : les jurisconsultes ont ordonné ? Et ils ont en effet ordonné, surtout dans la justice criminelle. Toutes les lacunes de notre législation criminelle, si incomplète, si décosue, tombant en ruines sont, si je*

⁴² V. T. LE MARC'HADOUR, « Arrestographie et doctrine pénale dans la France moderne (XVIIe-XVIIIe s.) », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVIe-XVIIIe siècles*, Centre d'histoire judiciaire (CNRS-Lille II), 2002, p. 332.

puis parler ainsi, bouchées des maximes des criminalistes»⁴³. Autorité elle fut, autorité est-elle encore ?

Un arbitre des sources. Elle n'est plus source, mais elle joue un rôle en leur sein : du haut de son autorité, elle « arbitre », c'est-à-dire qu'elle veille au respect des champs d'application respectifs de la loi et de la jurisprudence. Or, tout bon arbitre se doit d'être impartial. Pour cela, il est de bon aloi d'être indépendant, libre de toute contrainte. Le juge et le législateur sont enserrés dans un statut qui ne leur permet pas de porter atteinte les uns aux autres, et c'est là chose heureuse si l'on considère les pouvoirs dont ils disposent. La Constitution, fondement de leurs pouvoirs, ne peut bien opportunément être remise en cause. La doctrine seule ne peut heurter la séparation des pouvoirs, parce qu'elle n'en est pas un. Point de texte sacré pour elle, elle est libre⁴⁴.

Cette liberté présente un caractère quasi absolu quant aux professeurs d'université ; or nous avons vu qu'ils sont l'immense majorité de la doctrine. Leur indépendance, de même qu'une liberté totale d'expression, ont été reconnues par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 20 janvier 1984. Cette décision s'appuie expressément sur l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement...* ». Elle concernait justement la future loi du 26 janvier 1984 (N° 84-52) en son article 57, qui disposait que : « *Les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et dans leurs activités de recherche* ».

Malgré tout, cette liberté ne saurait être pleinement absolue. La Déclaration de 1789 précise *in fine* : « *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* » ; de même que la loi de 1984 : « *sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions de la présente loi, les principes de tolérance et*

⁴³ A. LAINGUI, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, p. 75 et s.

⁴⁴ V. P. LE TOURNEAU, « La plume professorale est libre », *D.*, 1995, chroniques, p. 273.

d'objectivité ». Le Conseil conclut quant à lui à l'existence d'un tel droit « dans la seule mesure des exigences du service public en cause ». L'abus est donc sanctionné, parfois comme faute civile, mais le plus souvent sous la qualification de diffamation. La doctrine pénaliste est ainsi la mieux placée pour connaître ses droits... et ses devoirs.

A cette protection générale s'ajoute, outre quelques arrêts la précisant⁴⁵, un aspect spécial : l'article 434-25 du Code pénal nouveau incrimine « le fait de chercher à jeter le discrédit [...] sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance », mais ces dispositions « ne s'appliquent pas aux commentaires techniques ni aux actes, paroles, écrits ou images de toute nature tendant à la réformation, la cassation ou la révision d'une décision ».

En 1819, le pauvre professeur Bavoux fut tout de même traduit en Cour d'assises pour avoir excité publiquement des étudiants à la désobéissance des lois en critiquant l'article 184 du Code pénal ; il ne protégeait pas selon lui suffisamment le citoyen contre les perquisitions. Il fut bienheureusement acquitté !⁴⁶

Ainsi libre et indépendante, c'est à la doctrine de jouer ce rôle nécessaire d'arbitre des sources. D'ailleurs n'est-ce pas en droit pénal que cette fonction s'avère essentielle ? Le principe légaliste eut pour but de limiter l'arbitraire des juges et leur pouvoir trop large dans l'interprétation de la règle de droit. En droit criminel, les libertés sont en jeu. Un juge peut avoir la tentation d'empiéter sur le domaine d'un législateur trop laxiste à son goût. Aussi est-il nécessaire de mettre en lumière et de dénoncer ces abus. C'est l'un des rôles de la doctrine pénaliste. D'aucuns contesteront que l'appel ou le pourvoi remplissent déjà cet office. Que dire alors d'une Chambre criminelle de la Cour de cassation, dernier rempart

⁴⁵ V. par exemple TGI Paris, 21 décembre 1994, *D.*, 1995, chroniques, p. 273 ou encore Cass. crim. 16 octobre 1968, *Bull. crim.*, n° 259 : ces décisions précisant notamment qu'il ne faut pas transformer les faits ou être exempt de toute intention de nuire aux personnes désignées.

⁴⁶ M. VENTRE-DENIS, « La faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration, l'affaire Bavoux », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, 1987, n°5, p. 33 et s.

interne pour le justiciable, qui profite d'un texte incomplet pour l'étendre (l'article 460 du Code pénal de 1810 ne définissait pas l'acte de recel qui ne cessa de s'étendre⁴⁷), ou encore d'un juge qui allonge sans cesse la durée d'un délai de prescription en le dotant de nouveaux points de départ non visés par la loi⁴⁸, ou de ce même juge qui ajoute des conditions au bénéfice d'un fait justificatif que le législateur, quant à lui, n'impose ni textuellement ni conceptuellement⁴⁹ ?

D'un autre côté, la doctrine a su imposer le juge et sa jurisprudence dans un système où la loi devait tout prévoir. Elle a également su poser les limites du principe de légalité, et donc de la loi pénale.

§ 2. Les sources formelles du droit pénal

Une pluralité de sources. Outre Portalis, de nombreux auteurs souhaitèrent que la norme fondamentale en droit criminel soit la loi. Après que les codificateurs en aient posé le principe, la doctrine dut s'attacher à en préciser les contours (A).

Mais le souhait du principal rédacteur du Code civil de ne point voir la jurisprudence se former ne put logiquement s'accomplir. Les auteurs s'adaptèrent donc à un changement de perspective que certains d'entre eux avaient encouragé (B).

A. La source première : la loi

« *Nullum crimen, nulla poena, sine lege.* » Le principe est bien connu, étudié par tout pénaliste et ne nécessite donc pas de trop longs développements. Il s'agit ici simplement de préciser

⁴⁷ V. par exemple R. VOUIN, « Le recel et la détention de la chose », *D.*, 1972, chroniques, p. 281 et s.

⁴⁸ V. pour un exemple frappant la jurisprudence relative au délai de prescription en matière d'abus de biens sociaux, et notamment les arrêts Cass. crim. 7 décembre 1967, *Bull.crim.*, n° 321 et Cass. crim. 10 août 1981, *Bull.crim.*, n° 244. Plus récemment, v. Cass. crim. 14 mai 2003, *Bull. crim.*, n°97.

⁴⁹ Cf. l'exigence d'absence de faute antérieure de l'agent en matière d'état de nécessité : Cass. crim. 28 juin 1958, *D.*, 1958, jurisprudence, p. 693.

quelles furent les interventions doctrinales essentielles pour poser le principe et ses contours.

« *Les peines sont arbitraires en ce royaume* » ; tel était l'adage en vigueur dans l'ancien droit. Un pouvoir excessif était ainsi laissé à des juges qui se révélèrent trop conservateurs dans leur approche du droit, bloquant toute réforme en profondeur du système juridique. Le principe légaliste mit fin à tout arbitraire en matière pénale et fit de la loi la norme reine en reléguant le juge au rôle de « bouche » de celle-ci. Une « *multitude de petits tyrans* » durent ainsi s'en remettre aux écrits souverains d'un législateur alors conçu comme représentation parfaite du peuple et comme expression de la volonté générale. Le principe deviendra le fondement le plus assuré du droit pénal moderne, voire même, plus largement, de tout droit dit « répressif ».

Or, ce principe fut dégagé, tout au moins systématisé, à la suite de quelques ouvrages philosophiques ou purement juridiques. Montesquieu⁵⁰ et Beccaria⁵¹ furent ainsi les principaux artisans de sa mise en place. Et la locution latine habituellement usitée pour le désigner, faisant penser à tort à un principe de droit romain, ne fut quant à elle dégagée qu'au XIX^e siècle, par le juriste et philosophe allemand Anselm von Feuerbach ; elle connut un succès certain. Encore une fois, nul besoin de s'appesantir sur ce principe et son évolution⁵², ce n'est pas le propos de cet ouvrage et d'autres l'ont déjà bien mieux fait. Il faut simplement rappeler qu'il est le pilier fondamental des Codes pénaux de 1791, 1810 et 1994, de même que celui des Codes d'instruction criminelle et de procédure pénale et de la plupart des droits pénaux contemporains... et que les auteurs pénalistes jouèrent un rôle essentiel pour sa reconnaissance. Une fois adopté, il restait à en déterminer le champ d'application.

L'intervention doctrinale quant à l'application matérielle de la règle. A l'origine inséré uniquement dans l'article 4 du Code

⁵⁰ *De l'esprit des lois*, Liv. XI, Chap. VI.

⁵¹ *Des délits et des peines*, Les introuvables, Ed. d'Aujourd'hui, 1980, § III, « Conséquences de ces principes », p. 18 et s.

⁵² V. par exemple J. LEAUTE, « Le changement de fonction de la règle « *nullum crimen sine lege* » », *Mélanges Hamel*, p. 81 et s.

pénal de 1810, et ne visant que les contraventions, les délits et les crimes, tous, tant auteurs que praticiens, furent en premier lieu trompés par le champ d'application du principe ; il s'appliquerait bien aux « lois de fond », mais pas à la procédure pénale. Profitant de la mise en vigueur en 1958 à la fois d'une nouvelle Constitution – précisant notamment la compétence de la loi en matière pénale (article 34) – et d'un Code de procédure pénale, certains auteurs combattirent cette restriction, notamment le Professeur Levasseur⁵³, et finirent ainsi par imposer leur vision logique de l'application du principe de légalité. C'est à l'ensemble du processus pénal qu'il s'impose, un délinquant ne pouvant être jugé et condamné qu'après un procès respectant les règles de forme imposées par la loi, pour une infraction reconnue comme telle par le législateur, par un organe légalement investi de ce pouvoir, et seulement à une sanction prévue par un texte. En somme, il faut donc dire aujourd'hui : « *nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium, sine lege*⁵⁴ ».

L'intervention doctrinale quant à l'application spatio-temporelle de la règle. Un autre problème apparut lors de l'application du Code pénal de 1810. L'on reconnaissait – et on reconnaît toujours – au principe de légalité un corollaire logique, à savoir la non-rétroactivité des lois (c'est le problème de l'application de la loi pénale dans le temps). Et la question se posait de savoir si certaines lois, de par leur caractère particulier, pouvaient rétroagir malgré tout. Jurisprudence et doctrine luttèrent donc de concert afin de faire reconnaître l'application immédiate des lois de procédure et d'instruction, généralement plus favorables aux inculpés car améliorant le système judiciaire. L'arrêt « *Lapeyre*⁵⁵ » rendu le 7 juillet 1871 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation fut ainsi le précurseur bien avant l'heure de l'article 112-2 du Code pénal de 1992⁵⁶, reconnaissant

⁵³ V. « Une révolution en droit pénal, le nouveau régime des contraventions », *D.*, 1959, chroniques, p. 121 et s.

⁵⁴ L'expression est empruntée aux Professeurs MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, tome I, 7^e éd., 1997, n° 151, p. 225.

⁵⁵ *D.*, 1871, I, p. 263.

⁵⁶ « *Sont applicables immédiatement [...] les lois de compétence et d'organisation judiciaire...* ».

avec l'appui de son commentateur, le pénaliste Roux, la rétroactivité d'une loi modifiant la compétence de la Cour d'assises. L'influence doctrinale est ici manifeste et incontestée.

Après l'application de la loi dans le temps se posa également le problème de son application dans l'espace, notamment à travers le débat portant sur les contours du principe de territorialité. L'ancien article 693 du Code de procédure pénale reprit une formule ambitieuse due au Professeur Vouin en consacrant par là même une jurisprudence soucieuse d'étendre l'application de la loi française. Ainsi était « *réputée commise en France toute infraction dont un acte caractérisant un élément constitutif a été commis sur le territoire* ». La majorité des commentateurs du Code pénal de 1992 virent en son article 113-2 al 2 la simple reprise du droit antérieur⁵⁷. Ce ne fut pas le cas du Doyen Lombois qui perçut, avant même le vote du Code pénal nouveau, les changements – légers, certes, mais bien réels – apportés par la « réforme »⁵⁸, « *l'acte caractérisant* » permettant l'intervention du juge français dans des cas de figure ne pouvant se définir comme étant déjà « *un fait constitutif de l'infraction* » (formule retenue par le législateur de 1992), le nouveau texte restreignant donc la compétence du juge. Ces quelques mots eurent leur importance puisqu'ils purent également fournir un fondement aux tenants de la présence de conditions préalables au sein de quelques incriminations. La Chambre criminelle put d'ailleurs adopter cette conception, forte elle aussi de conséquences pratiques. Nous y reviendrons.

La doctrine joua donc – et joue peut-être encore – indiscutablement un rôle influant tant sur l'application de la loi pénale par le juge, que sur la définition des contours de cette loi par le législateur.

Portalis nous l'a démontré lors de son notoire discours préliminaire : s'intéresser à l'application du principe légaliste en droit pénal, c'est déjà entrevoir en parallèle l'étendue du rôle – peut-être contestable – de la jurisprudence et du juge. Ainsi, après avoir

⁵⁷ V. par exemple MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 497, p. 400 et s.

⁵⁸ V. « L'avant-projet de révision du Code pénal : le droit pénal international », *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p. 55 et s.

défendu le principe d'une loi forte, la doctrine joua un rôle moteur dans la promotion de la jurisprudence pénale.

B. Une source rendue telle par la doctrine : la jurisprudence

« **Le Code pénal de 1810 n'a pas échappé au destin des lois écrites ; sur ses textes, la pratique a formé un droit jurisprudentiel**⁵⁹ ». Deux idées reçues en droit pénal doivent être combattues. Premièrement, la puissance du principe légaliste n'empêche aucunement la jurisprudence d'accomplir son œuvre parfois créatrice. Deuxièmement, les juges ne sont pas seuls responsables de l'essor de leur œuvre.

Pourtant, au départ, Portalis affirma qu'« *en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence* »⁶⁰. Le constat était rapide et peu respectueux de l'évolution inévitable des sociétés humaines, évolution plus rapide que celle de la loi.

Le rôle de la jurisprudence en droit pénal. « *Lorsque la jurisprudence s'est affirmée, il faut bien l'accepter comme un fait ; elle est le droit réel et vivant* » selon Garçon⁶¹. Quand s'est-elle affirmée ?

Dès l'adoption du Code pénal de 1810 et dans les années qui suivent sa promulgation, des carences législatives apparaissent. Des arrêts essentiels sont rendus sous la présidence de Barris démontrant que la jurisprudence est le complément nécessaire à toute législation, fût-elle constituée de normes pénales. Dès 1850, le mouvement s'accroît avec la révolution industrielle, celle-ci modifiant la société en profondeur et faisant ainsi apparaître de nouveaux problèmes juridiques, de nouvelles responsabilités auxquels le support rigide du droit criminel a du mal à s'adapter. Les juges retrouvent un pouvoir perdu après la Révolution, pouvoir de surcroît puissant car fondé cette fois sur la loi elle-même. Les auteurs prennent acte de ce renouveau. Ainsi apparaissent des

⁵⁹ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, préface au tome I.

⁶⁰ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*.

⁶¹ *Op. cit.*, préface au tome I.

recueils de décisions dont le plus célèbre est le *Code pénal annoté* d'Emile Garçon, ouvrage entièrement adossé à la jurisprudence de la Cour de cassation.

La jurisprudence devient indéniablement source de droit car, peu à peu, elle n'hésite pas – avec la complicité de la doctrine – à poser de véritables règles, parfois même ouvertement *contra legem*. Or, si le législateur garde le pouvoir de casser ces dernières en faisant œuvre normative, cela ne prouve qu'une chose : elle est une source inférieure à la loi. Mais cela ne prouve pas qu'elle n'est pas une source. La jurisprudence semble, par exemple, répondre aux critères de la norme tels que posés par Xavier Labbé⁶². Elle peut être un pouvoir au sens fort, car pouvant obliger autrui, et repose sur une autorité permanente fondée sur un statut constitutionnel – l'autorité judiciaire – ; elle est unifiée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, cette dernière assurant le contrôle des décisions rendues par les cours et tribunaux. Elle a un champ d'application bien précis et elle est publiée au Bulletin des arrêts, même s'il ne s'agit pas du Journal Officiel. Un arrêt récent⁶³ a d'ailleurs démontré qu'un requérant ne pouvait invoquer l'erreur de droit même si un revirement de jurisprudence avait lieu entre sa demande de renseignements et le jour où a été rendu l'arrêt. C'est la preuve que si nul n'est censé ignorer la loi, nul ne peut non plus, à l'appui de sa requête, prétendre ne pas connaître la jurisprudence en son dernier état.

La preuve de l'assise de la jurisprudence découle également et plus simplement de l'adoption du Code pénal nouveau. Celui-ci ne fut en effet pas suivi comme son prédécesseur d'une période d'exégèse exacerbée. Des commentaires nombreux furent bien évidemment établis, mais les auteurs s'avèrent plus curieux des répercussions des nouveaux textes sur la jurisprudence que de l'examen des textes à nu, abstraitement. La jurisprudence se pose clairement comme le complément essentiel de la loi pénale.

⁶² *Op. cit.*

⁶³ Cass. crim. 7 janvier 2004. V. notamment *Revue de droit de la famille*, mars 2004, commentaire n° 42, observations B. DE LAMY ou *JCP* 2004, II, n° 10060, observations M. VERON.

Le rôle de la doctrine dans l'essor de la jurisprudence. La doctrine ne se contente pas de constater l'évolution du rôle de la jurisprudence. Elle y participe activement en instaurant même, pendant un temps, un véritable culte de la jurisprudence. Cette dernière peut servir de contre-feu à la loi, pouvant œuvrer de concours avec les auteurs pour la recherche d'un droit idéal. Les grandes revues sont créées, avec pour objectif avoué l'étude de la jurisprudence « par elle-même et pour elle-même ». Pour Josserand, l'étude de la jurisprudence est à privilégier à celle des textes car il entend faire de la science, et non du roman. A un positivisme en succède un autre : le positivisme jurisprudentiel s'installe durablement dès 1930, marquant ainsi le retour de la technique et de l'abstraction.

La doctrine participe même à la sauvegarde de la jurisprudence dans un temps où s'étendent les sources normatives du droit pénal – lois, règlements, circulaires... –, l'activité législative se faisant toujours plus intense soit pour briser la jurisprudence, soit pour la confirmer en la privant par là même d'intérêt. Ultime défenseur, la doctrine consacre une place dominante, voire écrasante, à la jurisprudence dans ses publications⁶⁴.

Et une fois les sources clairement définies, la doctrine peut les utiliser pour élaborer un système cohérent.

Section 2. L'élaboration du système

La lutte pour la cohérence du droit. Un système repose sur des règles préexistantes. La doctrine opère donc sur un terrain dégagé par d'autres (les sources de droit susdites : législateur et juge), ou sur un système de normes déclaratives, « naturelles », qu'elle s'efforce de classer dans un ordre cohérent (§ I). Son intervention est alors temporellement proche du dégagement ou de l'apparition de ces normes.

⁶⁴ V. P. MALAURIE, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *Travaux de l'Association Henri Capitant 1980*, tome 21, Paris, Economica, 1984, p. 81 et s.

Les normes une fois classées, la doctrine établit une dogmatique au sens fort du terme par le moyen de principes et théories, perfectionnant un classement défailant ou en proposant d'autres, plus cohérents (§ II).

§ 1. Une intervention originelle

Des droits aux origines variées. A l'origine il y a un texte. Quand il existe plusieurs textes ayant le même objet, on trouve généralement un code. Mais parfois, il y a des textes dont l'objet est commun, mais pas de code. La doctrine joue parallèlement deux rôles différents. Elle peut être codificatrice, les conséquences de cette intervention ne se limitant pas à un simple agencement de normes, mais elle peut aussi regrouper des règles sans qu'il n'y ait de code (A).

Parfois, des règles existent, mais pas encore de texte, et donc de code. Les faits s'imposent sur le droit. La guerre éclate puis vient la paix, puis vient le « moment du droit », l'heure de déterminer les responsabilités de chaque belligérant. Lorsqu'il n'existe pas de règles écrites, les auteurs ont finalement davantage de liberté et d'initiative qui leur permettent de jouer un rôle essentiel dans l'émergence d'une branche du droit pénal (B).

A. La codification

La forme. Qui effectue une codification ? Sont-ce les rédacteurs des textes eux-mêmes et quelles sont leurs sources d'inspiration ? Quelles sont les conséquences des choix qui doivent être faits ?

Le plan général du Code pénal de 1804 ressemble étrangement à celui qui fut retenu par Muyart de Vouglans pour exposer les règles du droit criminel dans son ouvrage intitulé « *les lois criminelles de France suivant leur ordre naturel* ». Il divisa ainsi la matière en trois parties : « du crime et de sa peine » (désignant parfaitement le contenu du livre premier du Code pénal, qui contient tant les grands principes de la matière que la pénologie), « des différentes espèces de crimes » (du droit pénal spécial donc, objet des livres

deuxième et suivants du Code pénal) et « de l'instruction criminelle en général » (correspondant au futur Code d'instruction criminelle). Ce plan originel connut peu de modifications par la suite. De même, le classement des infractions retenu, important aussi quant à la forme du Code pénal, est en rapport avec la gravité des faits reprochés. On retrouve donc Beccaria, selon lequel « *la véritable mesure des délits [...] est le dommage qu'ils causent à la société* » ; « *la grandeur du crime ne dépend point de l'intention de celui qui le commet* »⁶⁵.

Or les codes jouent un rôle essentiel ; les praticiens s'y réfèrent constamment pour connaître les règles de droit, le plan originel – à forte inspiration doctrinale – leur servant de base de recherche. Et les éditions modernes des codes ne contiennent pas que ces règles de droit législatives ou réglementaires. En marge se situent la jurisprudence choisie par les « rénovateurs » annuels – généralement professeurs de droit –, un plan proposé pour pratiquement chaque article, ainsi qu'une interprétation des règles en vigueur. Le Code de procédure pénale *Dalloz* de 2006, 47^e édition, est ainsi annoté par Jean-François Renucci, Professeur à l'Université de Nice. Le Code pénal 2006 de cette même collection, 103^e édition, est quant à lui annoté par Yves Mayaud, Professeur de l'Université de Paris II. Les éditions *Litec* ont demandé au juge Gilbert Azibert d'effectuer ce travail pour la 16^e édition de leur Code de procédure pénale. Mais il est également directeur de L'École Nationale de la Magistrature et exerce souvent sa plume au sein des grandes revues de droit.

Le législateur de 1992 eut l'occasion de modifier le plan originel. Mais il n'a pas fait le choix d'une rupture profonde. Seul fut inversé l'ordre des livres selon les nouvelles priorités du moment. Les infractions contre les personnes en premier, les atteintes à la Nation et l'Etat en dernier. On aurait pourtant pu imaginer un plan différent pour le Code pénal, en se fondant par exemple sur des critères sociologiques. Une annexe du livre de Pierrette Poncela et Pierre Lascoumes présente par exemple les incriminations en

⁶⁵ V. *Des délits et des peines*, Les introuvables, Ed. d'Aujourd'hui, 1980, § XXIV, « De la mesure des délits », p. 139 et s.

quatre catégories⁶⁶ : celles qui relèvent d'une rationalité de type morale naturelle (elle-même divisée en sous-catégories : protection de la vie, de l'intégrité physique et psychique, protection de l'honneur et de la liberté de la personne humaine et protection du patrimoine matériel), celles qui relèvent d'une rationalité de type morale civique (mise en danger de la personne et de la santé, protection de la dignité et de l'intimité de la personne, protection de la famille et des mineurs, atteintes au bien commun par des particuliers), celles relevant d'une rationalité politique (crimes contre l'humanité, protection des intérêts fondamentaux de la Nation...) et celles qui relèvent d'une rationalité économique et sociale. Cela ne concerne bien évidemment que la partie spéciale du Code. Mais cela prouve que le choix d'un plan n'est pas anodin, puisqu'il n'est pas le seul envisageable logiquement. La forme joue donc un rôle essentiel.

Le rôle de la forme. La rédaction du Code et de son plan joue en elle-même un rôle essentiel. Par exemple, l'empoisonnement fut et reste le domaine privilégié de controverses, notamment quant à l'utilité ou pas de l'intention de tuer pour que soit constituée l'infraction. La dernière jurisprudence – et donc le droit positif – se réfère à cette intention, intention non exigée expressément par la lettre de l'article, mais pouvant se déduire de la situation de l'article dans une section consacrée aux « atteintes volontaires à l'intégrité de la personne ».

Le 18 juin 2003, la Chambre criminelle met fin à l'affaire du sang contaminé – pour l'instant du moins – par ces termes : « *le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* »⁶⁷. La Chambre criminelle choisit d'approuver l'avis de l'avocat général Dominique Commaret, cette dernière s'appuyant, outre sur les arrêts antérieurs de la Cour, sur quelques formules de Garçon,

⁶⁶ Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ? Annexe IV, Les voies du droit, P.U.F., 1^{re} éd., 1998.

⁶⁷ Cass. crim. 18 juin 2003, *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, p. 781 et s., observations Y. MAYAUD ; *Revue Droit pénal*, 2004, chronique, n° 2, p. 4 et s., note de V. MALABAT et J-C. SAINT-PAU.

ainsi que sur une phrase de Monsieur Mayaud : « *le crime d'empoisonnement relève d'une logique de mort et non d'une logique de risques* »⁶⁸. Avec tout ce qu'elle a de contestable, cette décision se fonde principalement sur une dialectique propre au plan retenu par le Code, et accessoirement sur une influence doctrinale, ces deux raisonnements allant dans le même sens, mais en empruntant des chemins différents. Monsieur Mayaud pense que la relation entre l'empoisonnement et l'intention de donner la mort est évidente, de même qu'il reconnaît un rôle à l'agencement des articles du Code, l'article 221-5 concernant l'empoisonnement figurant dans les « atteintes volontaires à la vie ». Mais il est selon lui « *péremptoire d'affirmer que l'intention de donner la mort est un élément commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* ». Ce serait nier les spécificités de l'empoisonnement, infraction formelle, des particularités existant notamment en matière probatoire, l'intention de donner la mort ressortant de la connaissance du caractère mortifère des substances administrées volontairement. Il convient d'en tirer qu'au final, tous s'appuient sur le plan du Code ... plus ou moins bien.

La distinction entre les branches du droit pénal. A l'origine doté de deux codes distincts correspondant à deux matières distinctes, mais corrélatives – droit pénal général et procédure pénale –, le droit pénal put avec le temps et l'évolution des besoins juridiques de la société se diviser en rameaux multiples. Ainsi apparurent le droit pénal des affaires, le droit pénal du travail, ou encore le droit pénal de la consommation, droits reconnus comme tels par les juristes mais n'étant pas présentement dotés d'un code propre. On put parler ainsi d'« hypertrophie du droit pénal », ce dernier étant conçu bien souvent moins comme un droit autonome, que comme la sanction de tous les autres droits. Ces droits se forgèrent tant par le simple constat d'un « amas » de règles ayant un objet commun – ainsi naquit le droit pénal des affaires –, que par l'expression d'une volonté purement doctrinale de distinguer : peut-on, par exemple, vraiment parler d'un droit pénal de la bioéthique ? Or des règles ayant une logique

⁶⁸ « L'empoisonnement, une logique de mort. A propos de l'affaire du sang contaminé », *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 347.

commune se doivent d'être regroupées dans un système de droit cohérent.

Le droit pénal des affaires puise, par exemple, ses règles aussi bien dans le Code pénal, que dans le Code du commerce, dans le Code de la consommation ou dans le Code monétaire et financier. Or l'unité de la matière n'est plus contestée par quiconque, de même que le besoin pour les entrepreneurs de connaître ces règles. D'où la nécessité réelle de regrouper ces dernières dans un ouvrage unique. Le législateur a mieux à faire pour l'instant que d'établir un code par référence de plus. C'est donc sur la doctrine que pèse la charge d'assembler ces normes selon un plan logique, bref d'établir un véritable « code implicite » de la matière. Le premier véritable auteur spécialisé semble être l'avocat J. Tchernoff, dont le *Traité de droit pénal financier*⁶⁹ est contemporain aux réformes de 1935, « étape financière » selon Madame Giudicelli-Delage⁷⁰, première d'une série de quatre, conduisant à la « consécration d'un droit pénal des affaires ».

Premier labeur doctrinal de la consécration d'une nouvelle branche du droit, les auteurs doivent commencer par ce que l'on peut qualifier de partie générale, en définissant la discipline, puis en posant ses principes directeurs⁷¹. N'étant pas tous d'accord quant au contenu exact du droit pénal des affaires, les définitions qu'ils en proposent sont toutes différentes, n'ayant guère en commun que la protection contre les atteintes (classique en droit pénal) à un ordre économique et le cadre de l'entreprise (classique en droit des affaires) pour les infractions commises. Une majorité s'accorde en tout cas pour reconnaître que les grands principes du droit pénal, tel le principe légaliste, s'appliquent au droit pénal des affaires. Second travail, la doctrine doit regrouper les règles selon

⁶⁹ Dalloz, 1931-1937.

⁷⁰ *Droit pénal des affaires*, Mémentos, Dalloz, 5^e éd., 2002, p. 13 et s.

⁷¹ On peut ainsi constater que MUYART DE VOUGLANS a fait l'objet d'une logique scientifique quasi irréprochable, le plan de son ouvrage étant en définitive celui qui inspira le plan de tous les manuels modernes de droit pénal.

un plan logique au sein d'ouvrages spécialisés⁷², afin notamment d'aider les praticiens dans leur approche globale ou particulière de la matière. Là encore, les plans varient selon les auteurs, mais ils ont tous en commun de regrouper des règles dispersées au gré des différentes codifications. L'unité n'est donc pas absolue et irréprochable, mais la doctrine pénaliste a su intervenir dans un domaine où sa contribution faisait nécessité.

Et parfois, il y a un droit, mais il n'existe ni code, ni règles écrites. C'est finalement devant ce vide que les auteurs peuvent le mieux jouer leur rôle.

B. La construction d'un droit : le droit international pénal

A droit particulier, théorie des sources particulière. La doctrine ne joua pas le même rôle quant au droit international pénal que pour le droit pénal interne. Nous parlons ici du « droit international pénal », c'est-à-dire d'un véritable droit normatif international, et non de l'application éventuelle des règles internes à une situation comportant un élément d'extranéité, ce que certains auteurs qualifient de « droit pénal international⁷³ ».

L'étude de ce dernier fut malgré tout le préalable nécessaire à la pensée d'un « *droit des infractions internationales* »⁷⁴ ; c'est pourquoi il fut, historiquement, le premier qui intéressa vraiment la doctrine française. Parmi les grandes œuvres fondatrices de la matière, figurent notamment les écrits de H. Donnedieu de Vabres⁷⁵, ainsi

⁷² V. par exemple M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Thémis, P.U.F., 4^e éd., 2000 ; J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^e éd., 2004 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2005 ; M. VERON, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 6^e éd., 2005.

⁷³ V. à ce sujet les préliminaires de *l'Introduction à l'étude du droit pénal international*, Sirey, 1922, par H. DONNEDIEU DE VABRES. Ce dernier attribue notamment la paternité du terme « droit pénal international » à J. BENTHAM.

⁷⁴ V. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Précis, Dalloz, 2^{de} éd., 1979, introduction générale.

⁷⁵ *Op. cit.*, et *Les principes modernes du droit pénal international*, Sirey, 1928, réédité aux Ed. Panthéon Assas en 2004, avant-propos de J. FOYER.

que l'ouvrage de M. Travers, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*⁷⁶, premier véritable traité systématique dans ce domaine.

La particularité de ce droit. Le droit international pénal est très sommairement la branche pénale du droit international public. Il est, semble-t-il, un droit de circonstance, conçu en réaction à des événements internationaux et en prévention à de futurs événements équivalents ou ressemblants. Des querelles doctrinales existent quant à son émergence exacte, selon que celle-ci a eu lieu concurremment aux premières condamnations rendues sur la base de violations graves du droit international public, ou à l'apparition d'un véritable *corpus juris* international. Ce droit est-il le fruit de la pratique, comme la *lex mercatoria*, ou celui de la réflexion ? Son utilité se fit en tout état de cause ressentir dès la Première Guerre mondiale et son apogée eut lieu lors du procès de Nuremberg à la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Doctrinal et jurisprudentiel avant 1968, coutumier toujours, le droit international pénal est désormais conventionnel, sans être codifié. Quel rôle exact la doctrine a-t-elle joué quant à son élaboration ?

Le rôle précurseur de la doctrine. Dès 1889 est fondée l'Union internationale de droit pénal par trois pénalistes de renom, Van Hamel, Prins et Von Liszt, tous trois soucieux de développer le « droit pénal international »⁷⁷. La Grande Guerre marqua l'échec de cette tentative. A l'issue de celle-ci, deux autres pénalistes, Quintiliano Saldana et Henri Donnedieu de Vabres fondèrent l'Association internationale de droit pénal à Paris, le 28 mars 1924 et sa Revue, dans un « *désir unanime de tous les Etats animés par des sentiments pacifiques, d'unir leurs forces afin de mieux défendre l'humanité contre le flot envahissant d'une criminalité de plus en plus redoutable* ».⁷⁸ L'Association procéda ainsi à l'élaboration d'un véritable statut

⁷⁶ Sirey, 1920-1922, 5 volumes.

⁷⁷ Mais il s'agit du droit international pénal au sens moderne du terme.

⁷⁸ *Revue internationale de droit pénal*, n° 1, p. 13.

pénal international de 1929 à 1935⁷⁹, statut rapporté par le Professeur Vespasien V.Pella. Ce droit aurait pour vocation « *la réglementation de l'exercice de la répression des actions illicites qui peuvent être commises par les Etats dans leurs rapports réciproques* ». Il se distinguait ainsi de l'application étendue du droit pénal interne à une situation présentant un élément d'extranéité (c'est-à-dire du droit pénal international). De nombreuses controverses eurent lieu au sein de l'Association quant à la teneur même de ce droit nouveau. Les règles furent puisées dans plusieurs écrits doctrinaux, le premier semblant être le *De jure belli ac pacis* de Grotius. Elles se fondèrent donc en grande partie sur l'idée d'un droit dit « naturel », inhérent à tout homme et toute nation.

En ce domaine, la doctrine fut visionnaire. Et lorsqu'il s'agit un jour de l'appliquer, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, il fut encore fait appel à certains des grands penseurs de ce droit. Ainsi, le Professeur français Henri Donnedieu de Vabres fit partie de la formation de jugement à Nuremberg⁸⁰. De même, lorsque la Cour de cassation fut à son tour confrontée à des agissements inqualifiables en raison de l'ampleur de leur gravité, elle dut pallier l'absence de définition des crimes contre l'humanité en droit interne. C'est encore aux écrits doctrinaux qu'elle se référa, même si cela se fit plus implicitement.

Que la doctrine soit à son origine ou pas, tout système de règles, fût-il cohérent, peut être amélioré.

§2. La mise en place d'une dogmatique

Un code dépassé par l'évolution trop rapide du droit. Le code contient les règles posées par une société à un moment donné de son histoire. La société évolue, légifère conséquemment à cette évolution, mais ne prend pas toujours le soin de perpétuer la

⁷⁹ Contribuant ainsi à, ce que quelques années plus tôt H. DONNEDIEU DE VABRES se fixait comme objectif dans son *Introduction à l'étude du droit pénal international* (*op.cit.*, p. 7), « *l'internationalisation (...) du droit pénal international* ».

⁸⁰ V. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg*, Domat-Montchrestien, 1947.

cohérence originelle de ses codes. Ainsi, de nombreuses règles de nature pénale sont détachées des grands codes régissant la matière.

Il fut donc nécessaire pour les auteurs de s'affranchir des pages d'un code, afin notamment d'élaborer des règles communes à toutes les normes pénales. Leurs outils privilégiés furent les grands principes (A) et les théories générales (B).

A. Les principes

« *Vêtements magnifiques pour des opinions discutables*⁸¹ » selon Ripert, « *synonymes de commencement [...], et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien*⁸² » disait Condillac, existe-t-il mot plus abstrait ? Or les droits, codifiés ou pas, ne recherchent généralement pas l'abstraction⁸³. Les principes furent ainsi longtemps l'apanage des publicistes ou des internationalistes, ces derniers ne pouvant se fonder que sur quelques textes disséminés. La notion évolua pourtant ; « trop de droit tuant le droit », il fallut bien retrouver une cohérence au sein d'un corps de règles toujours plus dru et de moins en moins logique. Les principes démontrèrent ainsi leur nécessité tant en droit pénal général qu'en procédure pénale.

Les principes en droit pénal général. Sont-ils réellement nécessaires en ce domaine ? Le Code pénal et son livre premier ne remplissent-ils déjà pas ce rôle de simplification et d'agrégation des règles en vigueur ? De nouvelles questions se posent face à l'inflation toujours plus grandissante des règles pénales. Le droit pénal n'est plus le monopole de son Code. Il se situe désormais dans le Code du commerce, le Code de la consommation, le Code du travail ou encore dans le corps même de la Constitution de 1958.

Question fut ainsi posée lors de l'apparition du droit pénal des affaires de savoir si celui-ci était pleinement indépendant ou obéissait aux principes généraux du droit pénal. Cette dernière solution

⁸¹ *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 327.

⁸² *Traité des systèmes*, 1759, 1799^e-143.

⁸³ Ou du moins pas *plus* d'abstraction.

fut retenue : bien que relatif à l'entreprise, ce droit n'en était pas moins pénal. Dès lors, le principe de légalité et ses corollaires restaient pleinement opérants. Mais il s'agissait là d'un droit au champ d'application toujours approximativement défini. Les autres normes pénales, celles qui ne se rattachent à aucun grand domaine et fondent la diversité du droit pénal spécial, doivent-elles aussi obéir à des principes directeurs ? Madame Delmas-Marty put ainsi proposer avant l'adoption du Code pénal nouveau la prise en compte de principes directeurs de législation, voire même de « *sentencing* »⁸⁴, reposant sur une conception libérale du droit de punir⁸⁵ conforme à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* », et à son article 8, « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Principes de justice et d'utilité, indicateurs de proportionnalité et d'effectivité auraient ainsi pu gouverner l'action du législateur.

Les travaux législatifs précédant l'adoption du Code pénal de 1992 n'y font aucune référence, et les textes adoptés depuis ne semblent pas toujours conformes à cet idéal. Pourtant, les fondements de ces principes figurent dans le bloc de constitutionnalité, s'imposant par là même aussi – et peut-être *surtout* en matière pénale – au législateur. Mais le Code de 1992 n'a pas fait l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel ; c'est regrettable. Ne faudrait-il pas rendre ce contrôle automatique pour les textes répressifs ?

Ainsi, les principes auxquels il est plus fondamental de s'intéresser lorsque l'on ne s'attache qu'au rôle de la doctrine, sont bien sûr ceux qui ont été dégagés par les auteurs avant d'être consolidés – ou pas – par le législateur ou le juge. L'exigence du discernement pour que l'on puisse imputer une infraction à un enfant par exemple, affirmé par le célèbre arrêt « *Laboube* »⁸⁶, fut

⁸⁴ Ces derniers existent en procédure pénale : ils sont contenus dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

⁸⁵ *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 225.

⁸⁶ Cass. crim. 13 décembre 1956, *D.*, 1957, p. 349 et s., note M. PATIN.

inspirée au juge par de nombreux auteurs⁸⁷. Ce fut également le cas pour le principe en vertu duquel les éléments d'une infraction doivent être déterminés au moment où elle a été commise, ce dernier s'appuyant sur l'article 64 de l'ancien Code pénal, aucun autre article ne lui reconnaissant valeur générale, ni dans le Code de 1992, ni dans celui de 1810. C'est désormais dans l'article 122-1 que la règle figure : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes...* ». La Cour de cassation n'a jamais remis en cause ce principe⁸⁸, si ce n'est dans sa jurisprudence contestable en matière d'état de nécessité⁸⁹. Il existe bien d'autres exemples, mais c'est en procédure pénale que les principes se développent le plus.

Les principes en procédure pénale. Domaine fondamental mettant en jeu les libertés, la procédure n'en est pas moins sujette à une chronique inflation législative. Aussi fut avérée nécessaire l'adoption de grands principes reconnus par tous, mais désormais gravés en un texte de droit interne. L'article préliminaire du Code de procédure pénale fut ainsi entériné par une loi du 15 juin 2000, exposant en trois parties les grands principes directeurs du procès pénal, pour la plupart inspirés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Tout comme en droit pénal, le rôle de la doctrine face à la proclamation de tels principes reste a priori cantonné à leur interprétation, ainsi qu'à la surveillance du respect de ces derniers par les Cours internes. Ce ministère mérite toutefois d'être noté, un rappel à l'ordre du juge pouvant faire éviter à la France une condamnation européenne. Mais deux auteurs, notamment, purent jouer un rôle clef, tant dans l'inspiration, que dans l'élaboration et l'adoption de ces principes.

⁸⁷ J. CHAZAL, « Le petit enfant devant l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante », *Gazette du Palais*, 1955, I, doctrine, p. 26.

⁸⁸ V. par exemple la jurisprudence très médiatisée sur « l'homicide involontaire du fœtus » : il ne s'agirait pas d'une personne au moment des faits, d'où le refus de la protection par la loi pénale s'il ne naît pas vivant.

⁸⁹ V. le célèbre arrêt « *Trémintin* » et ses suites dans *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 5^e éd., 2005, n° 24.

Députée, le Professeur Lazerges défend en 1999⁹⁰, dans un article, un projet de loi qui « *s'inspire largement* (et ouvertement) *du rapport de la Commission Delmas-Marty*⁹¹ », particulièrement quant au dessein d'instaurer un article préliminaire dans le Code de procédure pénale et au contenu de cet article. Rapporteur du projet, elle explique sa genèse dans un autre article en 2001⁹² et expose dès lors la différence, dans la rédaction de l'article préliminaire, entre le projet initial et le texte finalement adopté, « *version [...] solennelle et pédagogique* », qui s'inspire « *largement du rapport de la Commission Delmas-Marty* ».

D'autres principes existent, plus contestés. Le principe de loyauté dans la recherche des preuves, par exemple, n'est reconnu dans aucun texte. La jurisprudence a pourtant pu et peut encore s'y référer. Pour la doctrine, le principe est indéniable et celle-ci multiplia les tentatives de définition. Elle est ainsi pour le Professeur Bouzat « *une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »⁹³. Des controverses existent cependant quant à sa portée exacte. Pour le Professeur Maistre du Chambon, « *si la loyauté dans la recherche des preuves par le magistrat instructeur est absolue, elle doit être relative quand il s'agit d'observer le comportement des fonctionnaires de police* »⁹⁴. La Chambre criminelle semble dans son arrêt du 27 février 1996⁹⁵ appliquer le principe à tous, policiers et magistrats. Mais c'est un autre débat. Parallèlement et plus simplement, le principe de la liberté dans la recevabilité de la preuve est rapporté par la doctrine dans ses manuels de procédure, se fondant quant à lui sur un texte particulier – l'article 427 du Code de procédure pénale selon lequel « *bors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* » mais visant la seule procédure correctionnelle –, texte étendu par le juge à toutes les juridictions

⁹⁰ *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 166 et s.

⁹¹ *La mise en état des affaires pénales*, Rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », La Documentation française, 1991.

⁹² *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 7 et s.

⁹³ « La loyauté dans la recherche des preuves », *Mélanges Huguency*, 1964, p.155.

⁹⁴ « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », *JCP*, 1989, I, n° 3422.

⁹⁵ *Bull. crim.*, n° 93, p. 273.

d'instruction et de jugement, et même aux enquêtes policières⁹⁶. La doctrine pénaliste joue donc un rôle essentiel dans l'émergence et le développement de ces principes. Mais plus ambitieuses encore sont les théories.

B. Les théories générales

L'utilité des théories. Les normes pénales sont nombreuses, les arrêts rendus encore plus. Les auteurs cherchent ainsi à regrouper des règles aux origines différentes, mais communes par un champ d'application, une finalité, ou tout autre critère parfois arbitraire. Les théories sont de la sorte conséquence logique de l'étude de la jurisprudence, une étude isolée, sans point de rattachement, s'avérant bien entendu inutile. Une présentation ordonnée des arrêts ne suffisait déjà pas à Saleilles⁹⁷, les auteurs contemporains ne pouvant, face à l'accumulation des décisions, encore moins s'en contenter. Et l'inflation des normes conduit à une volonté équivalente de cohésion logique au sein de la législation elle-même, fut-elle en grande partie déjà codifiée. Les théories concernent donc tant la loi que la jurisprudence.

Les théories sont en droit pénal très complexes à élaborer, le législateur ne se souciant que rarement – hors période de codification bien évidemment – d'une logique éventuelle dans ses textes, la politique pénale jouant un rôle fondamental mais fallacieux. Ainsi, il n'est pas rare que le législateur adopte une conception objective de certains pans du droit (détermination des infractions par rapport à la gravité du résultat par exemple), une conception subjective étant retenue pour d'autres (importance de l'élément moral, ou encore prise en compte de la tentative), ces différentes conceptions ne démontrant que les priorités affichées du pouvoir en place : plus de répression par exemple, ou encore la nécessité d'une individualisation des peines... Certains auteurs purent dès lors, pragmatiquement, décider de présenter dans leurs ouvrages toutes les solutions possibles, objective, subjective puis mixte,

⁹⁶ V. par exemple J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 12^e éd., 2004, 348 et s., n° 408.

⁹⁷ Ce dernier dénonçait en effet les auteurs qui se contentaient d'exposer, sans tenter de regrouper.

avant de désigner celle qui a leur préférence⁹⁸, puis d'exposer celle que le législateur a finalement retenue. C'est sans doute la présentation la plus claire possible du droit positif et du droit prospectif. Mais elle démontre bien la difficulté d'un regroupement logique des normes existantes.

Les théories ne sont généralement pas qualifiées comme telles par les auteurs, ces derniers se contentant de les exposer de façon déclarative, comme si elles se déduisaient logiquement du droit positif. Il semble qu'elles résultent simplement d'une présentation originale du droit en vigueur, par le biais notamment d'un regroupement de règles selon un critère propre à un auteur seul ou à un groupe d'auteurs. Là encore, c'est la cohérence scientifique seule qui justifie fondamentalement le recours à de tels exposés.

La théorie des faits justificatifs en est un bon exemple⁹⁹ : le législateur ne distingue pas entre toutes les causes d'irresponsabilité et d'atténuation de la responsabilité. Les auteurs, s'attachant plus aux causes qu'aux conséquences, seules décrites par le Code, dissocient causes de non-culpabilité, causes de non-imputabilité et faits justificatifs. De cette distinction naît toute une série de règles logiques propres à chaque type de causes de non-responsabilité, la doctrine veillant au respect par le juge de la cohérence de ces petits « systèmes ». Les faits justificatifs font ainsi l'objet d'une littérature abondante et passionnée chez les auteurs pénalistes. Tout arrêt s'y rapportant donne lieu à des commentaires remettant au goût du jour d'anciennes questions, ou d'anciennes ruptures jurisprudentielles à la logique doctrinale. Par exemple, un arrêt rendu le 5 janvier 2000 par la Chambre criminelle posa de nouveau le problème de la place du critère de proportionnalité au sein de la théorie des faits justificatifs, de même que celui de la possibilité de les appliquer aux infractions d'imprudence¹⁰⁰. Les foudres de la doctrine purent aussi se déchaîner face au refus récurrent opposé par la susdite Chambre d'accorder le bénéfice de l'état de

⁹⁸ V. par exemple P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004.

⁹⁹ V. à ce sujet G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982.

¹⁰⁰ B. DE LAMY, *D.*, 2000, jurisprudence, p 780 et s.

nécessité à un agent ayant commis une faute antérieure ayant joué un rôle causal sur le résultat de l'infraction¹⁰¹, cette décision ne pouvant se conformer à la théorie classiquement entendue¹⁰² des faits justificatifs – en son point concernant l'état de nécessité, bien évidemment.

Les « mythes doctrinaux »¹⁰³. Certaines théories proposées divisent durablement les auteurs, tant et si bien que de son rôle premier de simplification, la théorie devient source de complexité. La Chambre criminelle de la Cour de cassation doit ainsi jouer elle-même le rôle dévolu à la doctrine pénaliste, devant mettre fin à la polémique par un arrêt « tranchant ». Le caractère trop prospectif de ces théories n'amuse pas le praticien qui lui préfère une prévisibilité concrète. L'excès d'abstraction doctrinale atteint en effet, dans ces constructions savantes, un paroxysme déjà dénoncé par Gény¹⁰⁴ et par Ancel¹⁰⁵.

En droit pénal, l'exemple le plus frappant de cette exagération est apporté par l'infraction que certains auteurs ont pu qualifier d'« impossible ». Tout néophyte se demande à cet intitulé l'intérêt que l'on peut bien déceler à une telle hypothèse. Or, s'il est une théorie qui déchaîna les passions doctrinales chez les pénalistes, c'est bien celle-ci. Elle réussit même à diviser Messieurs Merle et Vitu.

Feuerbach, le premier, posa que l'infraction était impossible si son objet n'existait pas (la poche vide de la victime pour le voleur), ou si, malgré l'intention de l'agent, les moyens étaient inefficaces (l'utilisation de procédés impropres à provoquer l'avortement). La thèse objectiviste¹⁰⁶ imposait l'impunité (pas de trouble donc pas d'infraction), cette impunité se commandant

¹⁰¹ Cass. crim. 22 septembre 1999, *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 385, avec les observations de B. BOULOC.

¹⁰² Par la doctrine du moins...

¹⁰³ A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *Mélanges Chavanne*, Litec, 1990, p. 165 et s.

¹⁰⁴ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., 3^e éd., « Reprint », 1993, avant-propos.

¹⁰⁵ V. J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Que sais-je ?, P.U.F., 2^e éd., 1991, p. 94.

¹⁰⁶ V. par exemple A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie de Code pénal*, I, p. 400.

même pour la tentative, ni le commencement d'exécution, ni l'exécution n'étant concevables. D'autres prônaient la répression, l'intention de nuire étant révélée par l'acte¹⁰⁷. D'autres enfin proposèrent de savantes distinctions, entre impossibilité absolue (l'objet n'existe pas ou les moyens employés sont inefficaces) et impossibilité relative (mauvaise utilisation des moyens d'action), cette dernière étant seule punissable¹⁰⁸; ou entre impossibilité de droit (absence d'un élément constitutif de l'infraction) et impossibilité de fait (poche vide), seule répréhensible¹⁰⁹. Mais existe-t-il vraiment des degrés à l'impossibilité ? A priori, soit c'est impossible, soit ça ne l'est pas...

La jurisprudence fut séduite un temps par les deux théories.¹¹⁰ Ensuite, la Chambre criminelle rendit un arrêt fameux le 16 janvier 1986¹¹¹, dans lequel elle reconnut en des violences avec volonté homicide portées sur le corps d'une personne décédée, mais supposée en vie, un commencement d'exécution d'homicide volontaire. Le décès prématuré était, selon elle, une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur. Monsieur Vitu approuva, Monsieur Merle réprouva.

Pour certains auteurs, c'est la fin de la controverse¹¹², position semble-t-il en accord avec la jurisprudence postérieure de la Chambre criminelle. Pour d'autres, celle-ci perdure¹¹³.

Nous étant trop étendus sur la captivante théorie de l'infraction impossible, nous ne ferons que citer quelques cas de figure similaires. La distinction entre dol général et dol spécial, par exemple, rarement retenue par le juge, est traitée différemment

¹⁰⁷ Thèse des positivistes ou de la défense sociale nouvelle.

¹⁰⁸ J.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 5^e éd., 1886, tome I, p. 455, n°1005 et s.

¹⁰⁹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e éd., 1935, tome I, p.515.

¹¹⁰ Pour un panorama complet, v. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, tome I, n° 511 et s., p. 645 et s.

¹¹¹ V. notamment *JCP*, 1987, II, n°20774, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Rev. sc. crim.*, 1986, p. 839, note A. VITU.

¹¹² A. VARINARD, *op. cit.*

¹¹³ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, n°335 et s., p. 191 et s.

dans tous les ouvrages doctrinaux¹¹⁴. Ou encore, les notions d'infractions instantanée et continue sont exposées simplement en doctrine, mais compliquées sans cesse par l'application faite par la Cour de cassation, afin notamment de toujours retarder le point de départ de la prescription de l'action publique, et en contrariété manifeste avec les articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale. Certains auteurs voient d'ailleurs se former de nouvelles infractions qu'ils regroupent au sein du vocable d'« infractions clandestines », le point de départ de la prescription ne s'opérant que lorsque la victime a été en mesure de découvrir l'infraction. La Cour de cassation avalise cette analyse, distinguant même les infractions clandestines par nature de celles qui ne le sont pas¹¹⁵. Et il existe encore bien d'autres exemples de ces constructions de l'esprit.

Mais si l'importance effective de ces théories n'apparaît parfois qu'anodin, la littérature qui y est consacrée procure en tout cas assurément l'enthousiasme du lecteur amateur de technique juridique.

La fin d'un temps ? La doctrine joua un rôle essentiel dans la longue mise en place d'un système cohérent de normes pénales. Cet édifice fut essentiellement l'œuvre de grands juristes, ceux-ci profitant des nombreux vides juridiques que laisse un droit en construction pour s'exprimer et entrer dans la postérité¹¹⁶. Le système une fois installé sur des bases solides, le rôle de la doctrine contemporaine est tout autre.

¹¹⁴ V. par exemple MERLE et VITU, *op. cit.*, n°596 et s., p. 749 et s.

¹¹⁵ V. par exemple Cass. Crim. 7 juillet 2005, et la note d' Anne DOMIER, *D.*, 2005, jurisprudence, p. 2998 et s.

¹¹⁶ Il suffit pour s'en convaincre de consulter la *Revue de Sciences criminelles*, et d'observer l'évolution de l'implication personnelle des auteurs quant à la construction du système pénal. Dès 1936, il n'est par exemple pas rare de lire les opinions assumées de H. DONNEDIEU DE VABRES sur les règles en vigueur, ainsi que ses conseils apportés au législateur quant à l'amélioration des normes. Au fur et à mesure des années, les observations des auteurs se font plus neutres, ceux-ci ne se reconnaissant plus qu'un rôle de commentateur, d'interprète.

Chapitre 2

L'entretien du système mis en place

Le rôle contemporain de la doctrine pénaliste. La mise en place du système pénal fut principalement le rôle des juristes du début du XIX^e siècle et de leurs continuateurs immédiats. La doctrine contemporaine se doit donc d'entretenir ce système en interprétant les normes de manière cohérente avec l'ensemble ainsi créé (Section I), et en critiquant le non-respect de la logique dégagée tant par le législateur que par le juge, voire simplement par l'un de ses membres (Section II) ; ainsi, elle actualise et améliore l'ordre établi.

Section 1. L'interprétation des normes

Les mots du droit. Le droit est un véritable système de communication ; il s'appuie sur les mots. Ayant un *langage*¹¹⁷ propre, il provoque parfois une polysémie et en souffre. Ainsi, si les mots sont pluriels ou ambigus, il faut les interpréter¹¹⁸. Et l'interprétation ne s'impose que si elle est nécessaire, si elle est un véritable besoin (§ I).

Nous avons vu que les sources du droit pénal ont connu une importante évolution depuis l'adoption des Codes napoléoniens. Cette évolution fut parallèle à celle des méthodes et des outils

¹¹⁷ Selon G. CORNU, le langage est spécial et doit être ainsi fondamentalement distingué de la *langue*, qui est naturelle : *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 11 et s. ; — V. aussi *infra*, p. 112.

¹¹⁸ V. G. CORNU, *op. cit.*, p. 11 et s.

d'interprétation des règles de droit utilisés par les auteurs (§ II). Le lien de causalité entre ces deux phénomènes est bien réel.

§ 1. Le besoin d'interprétation

« *Nul n'est censé ignorer la loi* », telle est la règle imposée par les nécessités de la discipline sociale. Et cet adage, pleinement effectif, peut avoir de fâcheuses conséquences en droit pénal. Connaître la loi, c'est bien évidemment savoir qu'elle existe (A), mais c'est aussi être en mesure de comprendre son sens. Or les producteurs de droit cultivent parfois l'ambiguïté (B).

A. La connaissance de tout le droit pénal

La connaissance du droit est une sorte de préalable à l'interprétation. Pour commenter un texte, encore faut-il avoir connaissance de son existence. La doctrine joue le rôle le plus important dans cette mise à disposition du droit tant aux professionnels qu'aux citoyens ordinaires.

Le droit interne : un rôle de « simplification ». Le privilège de connaître tout le droit pénal n'est pas donné à tous. Si certaines infractions, par leur caractère biblique ou « naturel » (tu ne tueras point, tu ne voleras pas...) ne peuvent être ignorées, ce n'est pas le cas des infractions beaucoup plus techniques réglementant par exemple le monde de l'entreprise. Elles sont certes accessibles à tous – ou doivent l'être –, mais tout étudiant en droit sait qu'ouvrir un code ou tenter de commenter une loi n'est pas toujours très parlant, certaines petites dispositions, pourtant essentielles, pouvant échapper à des yeux fatigués. D'où le rôle primordial des auteurs, tentant par le biais d'ouvrages généralement réactualisés annuellement de présenter les infractions sous un plan simple¹¹⁹, didactique, afin que tout un chacun puisse maîtriser l'étendue de ses droits et obligations envers la société. Mais ils restent à destination des initiés, les profanes du droit ne pou-

¹¹⁹ V. notamment la collection *Que sais-je ?* ou encore les mémentos *Dalloz*. Mais c'est également le cas de tous les manuels de droit pénal.

vant pas toujours maîtriser un vocabulaire technique pourtant essentiel, ou encore le sens bien *particulier* donné à des mots a priori simples, tels que « bien » ou « chose » (tu ne voleras pas, mais cela ne vaut que pour la « chose » d'autrui !). La bonne compréhension des termes juridiques nous renvoie naturellement au problème de l'erreur de droit.

L'erreur sur le droit. Cette erreur concerne tout autant l'ignorance de l'existence de la loi pénale que l'ignorance de son sens exact. Elle fut admise par le Code pénal de 1992, après avoir été reconnue tant par le juge que par la doctrine. Son article 122-3 dispose ainsi que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Et le Conseil constitutionnel, reprenant cette disposition et l'alliant à l'article 121-3, qualifie même son contenu de principe général du droit pénal¹²⁰. Est-ce là un rempart suffisant protégeant le citoyen contre les foudres du droit pénal ? Quel rôle peut jouer la doctrine en faveur du « fautif »¹²¹ ? Un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 7 janvier 2004¹²² est de nature à nous éclairer.

La Cour de cassation posa dans cette décision qu'un simple avis tronqué donné par un professionnel du droit ne saurait constituer une erreur sur le droit exonératoire au sens de l'article susvisé. L'erreur était en l'occurrence totalement imprévisible, un revirement jurisprudentiel s'étant produit après que l'avis soit rendu. Le professionnel ne pouvait bien évidemment pas savoir qu'un tel renversement aurait lieu, de même que l'agent mis en cause. Mais quelles conséquences exactes en tirer quant à la doctrine et à son rôle ?

Elles sont de deux ordres. Premièrement, si l'avis doctrinal n'a pas force de loi, il n'a pas non plus force de justification. L'opinion émise par un professeur, aussi réputé et talentueux soit-il, n'aurait rien changé en l'espèce : seul l'avis provenant de l'autorité publique compétente est exonératoire. Deuxièmement,

¹²⁰ Conseil Constitutionnel, 13 mars 2003 (2003-467 DC) ; v. considérant n°73.

¹²¹ Mot à prendre ici dans son sens commun, non juridique.

¹²² *Droit de la famille*, mars 2004, p. 32, note B. DE LAMY ; *Dr. Pén.*, avril 2004, p.10, note M. VERON ; *JCP*, avril 2004, n° 10060, note C. POMART.

l'auteur peut malgré tout jouer un rôle essentiel, pouvant seul par son intérêt et sa spécialisation à la matière prévoir un éventuel revirement de jurisprudence préjudiciable au futur requérant. Son avis peut donc être utile au mis en cause, à défaut de lui être nécessaire ou indispensable. Mais c'est là exiger d'un auteur une certaine compétence visionnaire, peu envisageable en raison de l'évolution souvent imprévisible du droit pénal. Et en l'espèce, le juriste n'avait pas prévu le revirement...

Le droit international : un rôle de « rapporteur ». Quel citoyen peut arguer de la connaissance des multiples conventions ou traités auxquels la France a adhéré ? Quel parlementaire et quel Chef d'Etat peuvent seulement y prétendre ? Multiplications de textes, enchevêtrement de sphères de compétence, le droit international est source de complexité. Face à ces difficultés, un seul remède : des spécialistes consacrant temps et compétence à une seule matière, le droit international, voire à une seule sphère, le droit européen par exemple, ou encore à un seul domaine d'intervention de ce droit, tel le terrorisme.

Les auteurs concernés sont souvent détenteurs de chroniques particulières dans les grandes revues de droit pénal, et il est parfois fait appel à eux lorsque se pose un problème lié au droit international, soit pour simplement rapporter les règles en vigueur, soit pour en donner leur interprétation. Parallèlement, se développent au sein de chaque université des enseignements spécialisés en droit international pénal, en droit européen et en droit communautaire, de même que certains professeurs de droit public s'intéressent à la branche pénale du droit international public. Rappelons qu'à notre sens, le droit pénal international n'est que l'application des règles internes à une situation présentant un élément d'extranéité, pouvant ainsi être étudié tant au sein du droit international que du droit interne, contrairement au droit international pénal qui est la branche répressive du droit international public. Enfin, dans ces mêmes Universités se développent des laboratoires de recherche en droit international, instruments privilégiés de progression dans la connaissance de ce droit et dans son éclaircissement.

B. La compréhension du véritable sens des lois

La *ratio legis*¹²³. L'interprétation ébranle les certitudes, introduit le doute au sein d'un droit que l'on veut rationnel et ordonné. Mais elle participe ainsi à l'efficacité normative de ce dernier ; elle est donc un phénomène ambivalent mais nécessaire. Une théorie pure du droit pénal n'accepterait qu'une interprétation authentique des textes, mais elle dénierait aux véritables spécialistes du droit le rôle qui leur sied le mieux, d'autant plus que le législateur s'est rarement donné la peine d'atteindre un tel niveau de précision dans la définition des termes récurrents du droit pénal¹²⁴.

Le juge est l'interprète privilégié de ce droit, il a un rôle premier. Mais il ne peut interpréter que s'il est saisi et, si tel est le cas, il connaît la contrainte du temps. Malgré tout, lui seul aura le dernier mot, il sera celui par qui l'interprétation prendra valeur officielle, même si elle a pour origine – et cela est fréquent ! – un auteur. Cela plaide encore en faveur d'une jurisprudence dont le rôle est indispensable, mais cela n'empêche que l'interprète le plus efficace de ce droit reste la doctrine.

« *La loi pénale est d'interprétation stricte* » (article 111-4 du Code pénal) : la formule est bien connue¹²⁵ et a ses conséquences. Si cette règle s'impose au juge, elle s'impose bien évidemment aux commentateurs, pour qui l'intérêt ne se situe pas dans le dégagement de solutions qui ne pourront intégrer le droit positif. La doctrine pénaliste est donc plus que toute autre enserrée dans un cadre restreint quant aux solutions qu'elle dégage.

Mais cette interprétation n'en est pas pour autant restrictive. Si la lettre de la loi est une frontière pour l'interprète, le but de la loi, la *ratio legis*, doit s'imposer lorsque la lettre est ambiguë. Ce but

¹²³ V. Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.*, 1983, p. 597.

¹²⁴ C'est le cas de l'« arme » définie à l'article 132-75 du Code pénal, ou encore de la plus médiatique « bande organisée », définie à l'article 132-71 du même Code.

¹²⁵ Nous n'insisterons pas trop sur cette règle de droit, tout ayant déjà été dit dans les nombreux commentaires qui lui ont été consacrés.

peut, de surcroît, être conçu très largement. Une loi pénale s'inscrit dans un ordonnancement général de principes et règles, bref dans un système cohérent¹²⁶. Ainsi, le commentateur doit non seulement prendre en compte les travaux préparatoires d'une loi, mais aussi l'histoire et la philosophie des règles, de même que tous les précédents jurisprudentiels. Ce labeur peut bien évidemment prendre du temps, denrée rare chez le juge. Le travail doctrinal est donc indispensable, tant pour comprendre les règles que pour « surveiller » la marge de manœuvre un peu plus large parfois offerte au juge par l'interprétation dite « téléologique ». Celle-ci n'est sans doute pas conforme à l'image que se faisait Portalis du droit criminel, mais ainsi que le font remarquer Messieurs Merle et Vitu, « la méthode téléologique est en accord avec le climat intellectuel moderne, qui ne croit plus à l'immuitabilité des systèmes et des institutions, mais dans lequel s'affirme le dynamisme de la vie sociale »¹²⁷.

La différenciation de textes « proches ». « *Le progrès de la pensée, spécialement lorsqu'elle prétend faire œuvre doctrinale, consiste à distinguer, non à tenter de tout mélanger* »¹²⁸ affirment les Professeurs Conte et Maistre du Chambon. Le droit pénal spécial est donc un champ privilégié pour l'intervention doctrinale. Pour un objet approprié frauduleusement, combien de textes dont l'application est envisageable ? La Chambre criminelle s'y perd parfois. Elle condamne ainsi pour tentative d'escroquerie le client d'un supermarché qui avait modifié l'étiquetage d'un produit pour y faire apparaître un prix inférieur¹²⁹. A première vue, rien à redire : pas de dissimulation, des manœuvres frauduleuses établies. Une remise ? c'est déjà plus flou. Or, elle est essentielle pour qualifier l'escroquerie, son absence faisant généralement preuve d'un vol. Retenir le vol en matière de vente au comptant ou en libre-service était de surcroît une solution classique à l'époque.

¹²⁶ Pour Y. MAYAUD, « *l'œuvre de construction du droit est inséparable de cette démarche dictée par la ratio legis : c'est en elle que chacune des sources du droit – loi, jurisprudence, doctrine – puise toute la substance des éléments qui contribuent à l'édification de l'ensemble [...] ; elle est en quelque sorte le moyen technique de finition du droit.* », *op. cit.*, p. 598.

¹²⁷ *Traité de droit pénal*, tome I, n° 170, p. 250.

¹²⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, p. 146.

¹²⁹ Cass. crim 9 mars 1983, *D.*, 1984, jurisprudence, p. 209 et s., note de J. DEVEZE.

On en arrive donc à une solution pour le moins étrange en jurisprudence : « *lorsque l'agent modifie le contenant (c'est le cas d'espèce), il est coupable d'escroquerie ; lorsqu'il change le contenu il s'agit d'un vol !* ». Le vol n'est en effet pas nécessairement exclusif des manœuvres frauduleuses ; elles permettent souvent une soustraction au sens premier du terme. Ainsi, juridiquement, le vol peut être retenu. Et en opportunité, il faut bien admettre que les peines du vol, moins lourdes, sont plus appropriées au peu de gravité des faits d'espèce. Ce dernier argument contre également ceux qui crient à l'excès de juridisme d'un tel raisonnement, les conséquences pratiques étant ici tout aussi importantes.

Reste à noter que la confusion peut se produire dans des cas moins flagrants, « *la remise de la détention purement matérielle n'étant pas exclusive de la soustraction* »¹³⁰ selon une formule bien connue de Garçon. Si le législateur n'intervient pas, en créant par exemple un délit de larcin, c'est à la doctrine que le juge devra se référer pour résoudre de telles difficultés.

La qualification d'empoisonnement peut également être l'objet de controverses, les différences étant ténues entre l'administration de substances nuisibles (article 222-15 du Code pénal), l'empoisonnement proprement dit (article 221-5) et la tentative d'empoisonnement (envisageable, puisque l'empoisonnement est un crime). Dernier exemple, un détournement commis par le dirigeant d'une société peut entrer en répression sous la qualification d'abus de confiance (article 314-1), d'abus de biens sociaux (article L241-3 du Code de commerce) ou de banqueroute (article L626-2 du Code de commerce) selon les circonstances et le moment de sa commission.

Le rôle de la doctrine pénaliste est une fois de plus essentiel car, en cette matière, les erreurs de qualification peuvent avoir de graves conséquences. Le juge se référera à un manuel plutôt qu'aux codes ; et, s'il a malgré tout recours à ces derniers, il utilisera les annotations en marge des articles. D'où un besoin bien réel d'interprétation du droit pénal par la doctrine.

¹³⁰ *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, tome I, p. 1115 et s.

§ 2. La réponse apportée à ce besoin par la doctrine

Une interprétation de règles pénales. Les règles de droit pénal nécessitent comme toutes les autres une interprétation, tant par le juge que par la doctrine. Il faut désormais se demander si ces règles sollicitent le même type d'interprétation que les autres normes juridiques et, ainsi, si les auteurs pénalistes ont suivi le courant général de l'évolution des méthodes d'interprétation du droit (A).

Pour cette interprétation, les commentateurs du droit pénal utilisent en général des outils bien spécifiques dont il convient de dire quelques mots (B).

A. Les méthodes d'interprétation

L'exégèse. La doctrine dite « classique » fut subjuguée par l'œuvre codificatrice napoléonienne. Le culte de la loi, en vigueur depuis la Déclaration de 1789, n'en fut que renforcé. Le travail de la doctrine se limita donc longtemps à chercher le sens exact des articles des codes et leur portée, le Code pénal suscitant malgré tout moins de passion que le Code civil, seul à être associé au nom de l'empereur. Mais son interprétation se prêta à une rigueur équivalente, due notamment à un fondement reposant sur une légalité stricte. D'ailleurs, pour l'anecdote, Napoléon ne se désintéressa pas des codes répressifs¹³¹.

En ces temps-là, la jurisprudence n'est conçue que comme un complément permettant de mieux comprendre les règles écrites ; elle n'est pas étudiée pour elle-même. Tout a été dit sur l'exégèse ; reste qu'elle fonda la réhabilitation des jurisconsultes, ceux-ci démontrant par leurs œuvres de grandes qualités d'esprit, et posant les bases d'un futur droit pénal aux multiples acteurs. Rempart

¹³¹ G. LEVASSEUR, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », *Mélanges Imbert*, p. 371 et s. : il participa souvent aux débats et put notamment être à l'origine de la notion de « bande organisée » tout en imposant son opinion en matière d'infractions militaires.

Il permit aussi au jury de survivre à l'opposition des juristes : v. J.-M. VARAUT, « Contenu doctrinal du Code pénal de 1810 », *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p. 99.

contre l'arbitraire, car renforçant le principe de légalité, objective et scientifique, la méthode connut un succès certain. Parmi les grands exégètes, il y eut malgré tout peu de grands pénalistes, si ce n'est le juriste complet Merlin de Douai.

Mais cette méthode reposait sur une fiction : « croire [...] que la jurisprudence et la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elles ne faisaient que tirer les conclusions logiques qu'eût acceptées le législateur ; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent »¹³². Or, dès 1848, la société évolue socialement et économiquement. La doctrine ne peut plus se contenter d'une interprétation des seules lois. Elle invente un genre nouveau, la note d'arrêt, et se pose en censeur de la jurisprudence. Une nouvelle génération d'auteurs¹³³ se manifeste, marquant le réveil d'une science criminelle peu développée sous le règne exégétique. En droit pénal, notamment, l'exégèse pose de nombreux inconvénients. Elle interdit toute synthèse et les lacunes du Code (erreur de droit, état de nécessité...) sont ainsi masquées. Elle manque également de cette volonté d'abstraction nécessaire à l'élaboration de grandes théories.

Interlude. C'est l'histoire qui dicte alors ses lois. Les juristes ne peuvent se laisser dépasser par l'évolution de la société. Une « école historique française »¹³⁴ est fondée, de même que nombre de revues juridiques. Est ainsi créée l'ambitieuse *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle formant le complément doctrinal des recueils d'arrêts*, le grand juriste toulousain Molinier étant chargé des commentaires d'arrêts en

¹³² R. SALEILLES, Préface à F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, L.G.D.J., 3^e éd., « Reprint », 1993.

¹³³ Auteurs qui s'ennuient dans les facultés ? « Quelle belle invention que l'École de Droit pour vous emmerder ! C'est à coup sûr la plus ennuiquinante de la création... » dit G. FLAUBERT dans une lettre à Ernest Chevalier en 1844, *Correspondance*, Folio classique, 1998, p. 53. La description des juristes est peu envieuse dans ses œuvres. Dans *l'éducation sentimentale*, les juges sont des « vieillards en robe rouge d'une voix monotone... ».

¹³⁴ J. POUMAREDE, « Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse », dans C. JOURNES, *La coutume et la loi, études d'un conflit*, P.U. Lyon, 1986, p. 97.

matière criminelle. Son rôle est essentiel. Les premiers vrais arrêtistes y font leurs armes¹³⁵. La revue devient en 1853 la fameuse *Revue critique de législation et de jurisprudence*, l'avant-propos du premier numéro étant écrit par Faustin Hélie en personne¹³⁶. Les auteurs restent malgré tout classiques dans leur approche du nouveau matériau : à l'exégèse de la loi succède... l'exégèse de la jurisprudence.

Labbé et Bufnoir seront les véritables précurseurs de la modernité. Ils inventent la méthode historique faisant désormais prévaloir les évolutions de la société sur le droit codifié. Le gendre de Bufnoir, Saleilles, apporte la touche finale à l'évolution amorcée en proclamant la jurisprudence véritable source de droit. La jurisprudence est alors prise comme « *principal objet d'étude* »¹³⁷ des jurisconsultes. Elle est libérée du joug de la loi, mais elle est soumise à la doctrine car son étude relève de la méthode historique prônée par les auteurs. La même démarche préside notamment à la création de la *Revue de droit international privé et de droit pénal international* en 1905¹³⁸. En droit pénal, le changement s'opère notamment par la plume d'auteurs hostiles à l'exégèse et aux codifications, principalement Rossi¹³⁹.

La libre recherche scientifique. Le mouvement initié par François Gény va chercher à assouplir le système des sources de droit figées dans la loi. Il ne fait donc que prendre part au mouvement déjà amorcé par ses contemporains. La jurisprudence sera désormais l'objet d'étude privilégié des auteurs. Les années 1900 marquent ainsi la fin de l'écrasante domination des civilistes, le Code civil démontrant ses imperfections.

¹³⁵ Au sens moderne ; à distinguer, tant par le but poursuivi, que par le support d'intervention, des arrestographes : v. *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, Centre d'histoire judiciaire (CNRS-Lille II), 2002, et notamment « Questions autour de la jurisprudence des arrêts », par J. HILAIRE, p. 84 et s.

¹³⁶ J.-E. ORTOLAN y écrivit aussi régulièrement.

¹³⁷ A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 11.

¹³⁸ A. LAINE, « Introduction », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1905, p. 1.

¹³⁹ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1829.

Le Gouvernement de Jules Ferry, fondé sur une philosophie individualiste s'écroule en 1885 face à la multiplication de troubles sociaux liés à une industrialisation trop rapide. Un tourbillon d'idées en résulte, de même qu'une nouvelle méthode d'interprétation en droit : Gény, influencé par Saleilles, critique la méthode classique avant de proposer la sienne. La loi doit, selon lui, être interprétée strictement en fonction de ce que le législateur a vraiment souhaité en la promulguant. Mais les juristes doivent pouvoir s'en affranchir, dès que surgit une question nouvelle ne correspondant pas à ses prévisions pour y substituer « *une libre recherche scientifique* », cette méthode prenant appui sur une étude précise de la jurisprudence, seule à détenir les outils nécessaires pour suivre le mouvement de la vie sociale, et utilisant tout le panel offert par les nouvelles sciences sociales.

La méthode fut critiquée ; certaines de ces critiques eurent même des conséquences positives, comme la création du droit comparé moderne. Mais elle eut le mérite de promouvoir la jurisprudence, meilleur substitut à une sociologie naissante dont les juristes se méfiaient, et bien sûr de promouvoir la doctrine, seule capable de dire quels arrêts étaient dignes ou non d'appartenir à cette jurisprudence. En droit pénal, le mouvement eut moins d'ampleur. La jurisprudence fut certes promue à un rang supérieur, mais l'interprétation stricte de la loi était un principe déjà reconnu en raison du domaine d'intervention de celle-ci, les libertés, et de la volonté d'enserrer le juge dans un cadre strict. Ce constat fait dire à un auteur que « *Sources et méthodes d'interprétation en droit pénal positif sont toujours à écrire* »¹⁴⁰.

Et, en droit pénal comme dans les autres branches du droit, l'interprétation est véhiculée par des outils bien particuliers.

B. Les outils d'interprétation

Les outils classiques : traités, manuels, commentaires, notes d'arrêt et Mélanges. Ces genres sont bien connus, d'où un commentaire bref. Il paraît malgré tout incontournable, dans un

¹⁴⁰ R. LEGEAIS, « Le rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence pénale française », *Mélanges R. Legeais*, p. 449.

souci d'exhaustivité, d'en dire quelques mots ; de même que ce n'est en réalité pas dépourvu d'utilité. Chacun de ces outils présente en effet un intérêt propre. L'évolution de ces supports d'intervention doctrinale a d'ailleurs suivi la conception qu'ont et ont eue les auteurs des sources du droit pénal.

D'un point de vue historique, la priorité doit être accordée aux traités et manuels : peu de choses à dire, si ce n'est que le premier fait office de bible du pénaliste¹⁴¹, le second tenant un rôle plus pédagogique, moins savant, l'évolution allant vers de plus en plus de pédagogie avec l'apparition des « *Que sais-je ?* » et autres *mémentos*. Les manuels restent l'outil privilégié de l'étudiant qui ne possède généralement pas le temps – les premières années du moins – de s'intéresser aux traités, ni même celui de lire les nombreux commentaires et notes d'arrêt produits trop rapidement par l'édition juridique.

Les commentaires de lois tentent tant bien que mal de déchiffrer les lois « sur-amendées » produites par un législateur plus soucieux de politique que de technique ou de poésie. Ils sont généralement difficiles d'accès et le goût s'en est perdu lorsque la qualité de la loi s'en est allée. La note d'arrêt est quant à elle le support privilégié d'intervention doctrinale. Pour le Doyen Carbonnier¹⁴², deux qualités de fond sont attendues (« *qu'au demeurant il est rare de cumuler* ») : la transparence rendant l'arrêt « *plus clair que nature* », et le pouvoir d'invention « *qui fasse sortir de la boule de cristal des développements inédits* ». La doctrine est d'ailleurs allée parfois assez loin dans sa passion du commentaire d'arrêt, ayant ainsi poussé les arrêts à un rang quasi législatif parmi les sources du droit et mis ces derniers « *hors de la portée de ses flèches* ».

Enfin, les Mélanges sont constitués d'articles purement doctrinaux, base même du travail des auteurs. De tradition allemande, ces ouvrages ont pour objet de rendre hommage à un Maître lors de son départ à la retraite ou de son décès. Ils comportent parfois un thème. Leur principal caractère est la liberté totale dont jouit

¹⁴¹ Les références sont notamment le *Traité théorique et pratique de droit pénal* de R. GARRAUD et le *Traité de droit criminel* de MERLE et VITU, contenant, tant le droit pénal général, que la procédure pénale et le droit pénal spécial.

¹⁴² « Notes sur des notes d'arrêts », *D.*, 1970, p. 31.

l'auteur, pouvant ainsi adresser tant des remarques personnelles au dédicataire, que des articles sur l'enseignement ou sur la doctrine elle-même. Les thèses et autres monographies ne se contentent quant à elles généralement pas d'interpréter le droit ; elles ont ainsi une vocation plus ambitieuse et plus prospective.

Les outils modernes : *jurisclasseur*, répertoires et encyclopédies. Outils adressés aux praticiens, ils sont devenus le complément indispensable des codes répressifs, ayant même vocation à les remplacer. Ils sont le fruit d'auteurs expérimentés et présentent aux lecteurs un exposé clair et précis des règles, tout en apportant l'indispensable complément jurisprudentiel et documentaire. Si l'on se place d'un point de vue pratique, ils sont désormais le support privilégié d'intervention doctrinale en matière d'interprétation. Juges et avocats ne consultent que rarement les revues de droit car ils manquent de temps et leur reprochent un excès de juridisme. Ils préfèrent donc généralement s'en tenir aux règles elles-mêmes, à leur application, mais ils peuvent également trouver dans ces supports une dimension prospective de nature à nourrir leur argumentation. Il n'est d'ailleurs pas rare de retrouver dans quelques décisions des formules recopiées du *jurisclasseur pénal*.

Le *jurisclasseur*, l'encyclopédie et le répertoire, régulièrement actualisés, sont dès lors le support idéal pour les praticiens. Et les étudiants peuvent également y trouver leur compte. Mais en cet avantage de concision, réside inversement le reproche à adresser à ces outils : l'auteur peut se contenter de commenter, voire de répéter, sans réellement chercher à faire avancer la législation positive, bref en abandonnant un aspect de son statut de chercheur. Mais il faut reconnaître que, généralement, l'auteur n'abandonne pas sa vision originale du point à commenter. C'est d'ailleurs parfois pour cela qu'il a été choisi. Sous des dehors de simple rapporteur, la doctrine peut ainsi influencer.

L'interprétation est également le premier pas vers la critique.

Section 2. La critique

Une opinion. Autorité, la doctrine n'a qu'une fonction d'opinion, contrairement au législateur et au juge qui eux décident. Ainsi, elle peut très bien ne pas adhérer à une loi récemment votée (§ I), ou faire connaître au juge son désaccord quant à un jugement, voire même quant à toute une jurisprudence (§ II).

Mais les auteurs n'épargnent pas pour autant leurs collègues. C'est l'un des caractères principaux de l'opinion doctrinale : elle est personnelle (§ III).

§ 1. La critique du législateur

Une critique traditionnelle. Les lois furent les premiers textes sur lesquels la doctrine put s'exercer et pointer ses flèches. Très classiquement, nous étudierons les raisons de cette critique (A), avant de s'intéresser à l'évolution des moyens de cette critique (B).

A. Les raisons de cette critique

Les arguments techniques. Vices de rédaction, incohérence avec le système juridique, voire simple manque de poésie, les critiques s'exercent en différents domaines. Erreur parfois grossière – « *interdit de descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté* » – vite rectifiée, erreur parfois révélée par une longue pratique, le législateur n'est pas toujours irréprochable dans son travail.

Corollaire de tout commentaire de loi, la critique est inhérente à toute doctrine juridique et ne nécessite donc pas de trop longs développements. La doctrine est technicienne du droit, maîtrise tous les mécanismes de ce dernier et se doit naturellement de dénoncer un manque de qualité manifeste chez les « producteurs de droit ». L'inflation législative, tous les jours stigmatisée par les auteurs, concourt à cette critique, « trop de droit tuant le droit », et trop de droit étant synonyme de moins de temps pour réfléchir à l'adoption de la norme. D'où un droit parfois brouillon, de mau-

vaie qualité, dont la critique devient la règle et l'approbation l'exception.

Bouc émissaire privilégié des pénalistes, l'article 121-3 du Code pénal de 1992 est une victime coutumière des tirs doctrinaux. Les auteurs rivalisent d'inventivité et de formules « choc » pour le remettre en cause. « *L'article 121-3 a encore frappé* » (il a son équivalent en procédure pénale : « *l'article préliminaire a encore frappé* »¹⁴³) peut-on lire parfois dans la Revue *Droit pénal* en titre d'une chronique dont on imagine aisément le contenu. Dans cette même revue, Madame Rassat signe quant à elle en 1996 une chronique virulente reprenant mot à mot l'analyse de ce « *malheureux texte* », d'un Code « *fort mauvais* »¹⁴⁴. Plus récemment, Monsieur Conte imagine un drame court mettant en scène législateur, élu, Chambre criminelle, juge du fond et plaideur¹⁴⁵. Au fond, les justiciables sont muets mais essuient une larme. La situation parle d'elle-même.

Inversement, c'est son excès de technicité qui peut être critiqué, celle-ci étant privilégiée au fond, à la substance du droit. Exemple essentiel, l'ouvrage clef du droit pénal contemporain, le Code pénal de 1992. Il n'est selon le grand juriste Jean Carbonnier qu'un « *document de travail aux énoncés platement techniques* »¹⁴⁶.

Plus simplement, la doctrine dénonce également les vides législatifs, l'absence de prise en compte de l'état de nécessité ou de l'erreur de droit par exemple.

Dernier exemple simplement présenté, la loi du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » a suscité tant de passions, bonnes ou mauvaises, que nous nous contenterons de le remarquer, sans l'approfondir. Les critiques ont fusé, qu'elles soient techniques ou purement politiques.

¹⁴³ *Dr. pén.*, 2004, n°1, p. 22 et s, commentaire de A. MARON.

¹⁴⁴ « Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier (après la loi n°96-393 du 13 mai 1996) », *Dr. pén.*, 1996, chronique n° 28.

¹⁴⁵ « Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence », *D.*, 2004, jurisprudence, p. 1336 et s.

¹⁴⁶ *Droit et passion du droit sous la 5^e République*, Flammarion, 1996.

En bref, cette critique est bien trop classique, diversifiée et importante pour faire l'objet de plus amples développements. Cela d'autant plus qu'elle n'est que le premier pas vers le rôle plus prospectif de la doctrine que nous aborderons en seconde partie. En effet, critiquer, n'est-ce pas déjà prétendre qu'une autre voie – la bonne – est possible ? Abordons plutôt deux types de critique doctrinale plus rarement traités, cette disette se justifiant sans doute par leur caractère plus contestable.

Les arguments de politique législative. La politique n'épargne pas les Facultés de droit. Le droit pénal et la procédure, notamment par l'importance des conséquences de leur mise en œuvre sur les libertés, ont toujours été fortement politisés. Leur conception est généralement fruit d'une balance entre droits du mis en cause et volonté d'efficacité du système répressif. Ainsi, si les divisions politiques habituelles ont leur conséquence, il existe au sein même des personnes intéressées par le droit (le panel est donc un peu plus large que les seuls juristes) d'autres divisions plus difficiles à percevoir.

Monsieur Enguéguélé put ainsi distinguer dans son ouvrage sur les politiques pénales¹⁴⁷ deux grandes familles : la Défense sociale nouvelle et les néo-classiques, distinction malgré tout compliquée par l'appartenance de leurs membres à divers cercles d'action ou de pensée qui, parfois, s'entrecroisent. L'objet n'est pas ici de présenter les idées de ces courants de pensée, mais simplement de démontrer que la critique d'une loi peut intervenir à la suite d'une simple divergence politique, et donc pas forcément par la seule dénonciation d'un vice technique. C'est une conséquence logique de la liberté d'opinion des auteurs. Ainsi, des surcroûts sécuritaires peuvent être perçus par certains comme bénéfiques car conformes à l'intérêt général, mais par d'autres, plus partisans des droits de chaque individu, comme une rupture flagrante desdits droits. Notons malgré tout qu'à notre sens, l'intervention des auteurs à ce titre est ici plus intellectuelle que doctrinale, ce dernier épithète ne devant plus justement qualifier que des arguments d'ordre technique et scientifique. Doctrine pénale et doctrine pé-

¹⁴⁷ *Les politiques pénales (1958-1995)*, Logiques politiques, L'Harmattan, 1998, p. 120.

naliste, différentes par leur rôle et, partiellement, par leur composition¹⁴⁸, sont liées par leur champ d'intervention.

La politique criminelle, expression due une fois de plus à l'Allemand Feuerbach, est désormais l'objet de paragraphes entiers dans les manuels de droit pénal, et même d'ouvrages propres. « *Ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime* » à l'origine, le terme a pour certains auteurs évolué. Pour le fondateur des *Archives de politique criminelle* (en 1975), Marc Ancel, il s'agit de « *la réaction, organisée et délibérée, de la collectivité contre les activités délictueuses, déviantes ou antisociales* ». Pour Madame Delmas-Marty, elle est « *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel* »¹⁴⁹. Elle a donc une vocation plus large que le seul droit pénal. Il serait incongru de porter plus loin les développements quant à cette matière en formation ; il est simplement louable de noter que les auteurs peuvent se servir de nouvelles bases de références, plus larges, pour critiquer un législateur qui ne respecterait pas les logiques d'une politique dont il aurait fait le choix à un moment donné.

Il ne s'agit donc pas là de prendre en compte l'opinion personnelle de chaque auteur en matière de répression, mais plutôt de s'intéresser à leur critique du manque de logique du législateur en référence à un choix de société ayant des répercussions dans le domaine pénal. Par exemple, la France a choisi en 1974 d'adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or elle est parfois condamnée par la Cour européenne pour l'imprécision de sa législation dans un domaine donné, voire pour un manque manifeste de réglementation, ne respectant conséquemment pas la décision prise en 1974 d'adhérer pleinement aux valeurs européennes posées dans la Convention. Le rôle des auteurs peut être de faire remarquer ces vices ou ces vides au législateur.

Pour illustration, il fallut une loi le 10 juillet 1991 pour régler les écoutes téléphoniques et mettre fin à tout un stade de désordre régnant au sein du droit interne, désordre sanctionné par

¹⁴⁸ V. notre introduction.

¹⁴⁹ *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, P.U.F., 1992, 1^{re} éd., p. 13.

une condamnation européenne¹⁵⁰. La doctrine, favorable aux écoutes, n'en dénonçait pas moins ce vide législatif¹⁵¹ bien avant cette condamnation ; celle-ci aurait donc pu être évitée.

Elle utilisa pour cette critique un moyen classique, la revue juridique ; il en existe d'autres.

B. Les moyens particuliers de cette critique

Une partie des supports d'intervention doctrinale ayant déjà été abordée lors de la section consacrée à l'interprétation du droit pénal par la doctrine, il ne s'agit présentement que de s'intéresser aux moyens propres à la critique de la loi.

Les revues de droit, les colloques, les thèses. Ils sont les supports privilégiés des rapports entre politiques et juristes et matérialisent généralement la critique d'un auteur en son nom propre. Les revues de droit contiennent les commentaires de lois, prétexte idéal à la critique de ces dernières. Les colloques sont un lieu d'échange privilégié entre théoriciens et praticiens pendant lesquels il est de rigueur tant de proposer que de critiquer. Nous les avons déjà abordés.

Les thèses sont quant à elles l'occasion offerte à un chercheur de s'affirmer en développant sa vision d'un pan plus ou moins large du droit. L'originalité est essentielle pour se détacher des autres, d'où la nécessité d'exposer logiquement mais différemment le domaine abordé. Pour cela, il est souvent nécessaire de remettre en cause l'ordre établi avant de proposer ses solutions propres. Une large part est donc laissée à la diatribe doctrinale ; la thèse est ainsi le support par excellence de remise en cause de la législation positive.

Les pétitions. Les juristes ont des opinions propres. Le caractère singulier, original, de ces pensées est exacerbé dans un

¹⁵⁰ C.E.D.H, 24 avril 1990, « *Kruslin et Huvig contre France* », *D.*,1990, p. 353 et s., note J. PRADEL.

¹⁵¹ V. par exemple P.-J. DOLL, « De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire », *D.*,1965, p. 125 et suivantes.

monde où règnent désormais l'individualisme et le droit – voire la revendication – à la différence. Malgré tout, des modes collectifs d'expression existent. Les laboratoires de recherche se développent et produisent une œuvre à plusieurs mains, présentée généralement dans des chroniques régulières des revues. C'est généralement le ton d'une Université qui est donné, d'une équipe de différents juristes liés par leur attachement à un homme, le directeur de recherches, qui généralement fut leur Maître. Aussi arrive-t-il que l'opinion de ce dernier s'impose finalement, soit implicitement par le magistère intellectuel qu'il a su exercer sur ses étudiants, devenus maîtres de conférence ou professeurs, soit de manière plus explicite. Malgré cela, la plupart du temps, la diversité d'opinions et de compétences au sein d'une équipe est revendiquée et fait la richesse d'un tel travail.

Il arrive également que des juristes venus de tous horizons s'élèvent face à l'outrancière vulgarisation d'un problème de droit par les journalistes, ces derniers faisant basculer l'opinion publique par leurs formules sans ambages. La presse est « *la parole à l'état de foudre [...], l'électricité sociale* » disait Chateaubriand. L'« amendement Garraud » put ainsi être dénoncé comme une remise en cause pure et simple de l'interruption volontaire de grossesse, et non comme l'essai d'une solution apportée au problème de l'homicide involontaire du fœtus. Les Professeurs Rassat et Roujou de Boubée, soutenus par nombre de leurs collègues, prirent ainsi l'initiative d'une pétition mal perçue par l'opinion publique, haranguée notamment par un célèbre quotidien national. Si elle ne trouva pas d'écho en droit positif, elle eut le mérite de poser correctement le problème¹⁵². Ce mode d'expression collectif est peut-être à encourager, les juristes sortant de l'enceinte protectrice, mais souvent hermétique, de leur Faculté pour convaincre la population concernée du bénéfice apporté par une éventuelle réforme.

Avec l'essor de la jurisprudence vint l'essor de son étude, et, parallèlement, la critique de ses acteurs.

¹⁵² Nous ne nous engageons pas sur l'opportunité de l'amendement ; nous ne faisons qu'étudier une forme d'expression peu usitée.

§ 2. La critique des praticiens

Théorie et pratique ; s'il est en droit une rupture fondamentale, c'est bien celle-ci. Il est ainsi fréquent de lire chez les auteurs quelques lignes consacrées à la fameuse « rupture de l'École et du Palais » (A).

Cette rupture n'eut malgré tout pas que des conséquences néfastes sur ses protagonistes, tant praticiens que théoriciens (B).

A. La rupture de l'École et du Palais

Une rupture effective. Idée reçue pour certains, elle circule pourtant encore dans les couloirs des Facultés de droit. Elle fut tout d'abord conséquence de l'amour trop poussé d'une loi présumée parfaite, de l'amour par les théoriciens des codes impériaux établis au début du XIX^e siècle, les juges et avocats étant seuls susceptibles de porter atteinte à la perfection de papier offerte par les juristes de l'ère napoléonienne. La doctrine changea néanmoins de point de vue dès la fin du siècle, et donna ses lettres de noblesse à la jurisprudence et à ses acteurs, la pratique étant de toute évidence la seule qui intéresse concrètement les justiciables, et la seule à pouvoir suivre l'évolution de la société en temps réel. La crispation actuelle est donc tout autre.

Doctrines et jurisprudence ne semblent désormais plus si complices. Les auteurs font des décisions du juge leur champ de critique privilégié, reprochant à ce dernier son éloignement de la perfection théorique et technique des traités et manuels de doctrine, mais plus des codes. Les avocats sont, quant à eux, davantage perçus comme des réformateurs du droit, pouvant arguer de la légitimité tirée de leur pratique et de la liberté de ton que leur offre leur profession. Ils peuvent ainsi concurrencer les universitaires sur leur propre terrain, imposant parfois leur vision par un pragmatisme incontestable et un atticisme contrôlé.

En droit pénal, la critique de la jurisprudence est la plus aisée, le juge ne bénéficiant que d'un champ d'interprétation réduit par la puissance du principe de légalité. Cette réprimande est d'autant plus virulente que les auteurs pensent pouvoir faire évoluer plus

facilement le juge que le législateur. Critiquer un juge, c'est en général le pousser à mieux appliquer la loi. Critiquer le législateur, c'est tenter de faire admettre le vice d'un acte souverain.

La critique de la jurisprudence prend généralement des aspects techniques, si ce n'est quelques dénonciations d'éventuels « abus d'autorité »¹⁵³ ou de pratiques contestables¹⁵⁴. Cette critique est donc nécessaire et aisée, mais elle ne marque peut-être qu'une simple différence dans l'approche du droit ; l'auteur se passionnera volontiers pour un problème théorique et philosophique, là où le praticien ne s'attachera qu'aux hommes qu'il défend ou juge. Une rupture apparaît donc dans la manière d'aborder le droit, fin ou moyen selon le point de vue. Mais celle-ci laisse percevoir plutôt une complémentarité qu'une véritable opposition¹⁵⁵.

Pour conclure, cette rupture n'est bien entendue qu'un pré-supposé choisi. Il existe d'indéniables preuves de sa réalité, mais il y a tout autant d'arguments plaidant une entente parfaite entre théoriciens et praticiens. La stigmatiser serait de surcroît nier toute influence de la doctrine sur la jurisprudence, or nous verrons que tel n'est pas le cas. Il importe donc plutôt de s'intéresser aux conséquences positives de ces tensions.

B. Les conséquences de cette rupture

Sur la doctrine : une approche de la réalité. Excès d'abstraction, juridisme, voilà sans doute la critique récurrente adressée aux membres de la doctrine. Dès lors, seul son intérêt pour les décisions jurisprudentielles lui permet de fréquenter un droit vivant, s'adaptant aux réalités sociales en continuelle évolution.

¹⁵³ V. par exemple nos remarques précédentes sur la conception particulière de la Cour de cassation quant à la prescription.

¹⁵⁴ Par exemple la correctionnalisation judiciaire, illégale : v. J. PRADEL, *Procédure pénale*, n°118 et s., p. 105 et s.

¹⁵⁵ C'est ce qui se dégage des articles de D. FOUSSARD, « Le juge et la doctrine, le regard d'un avocat aux conseils », *Droits*, 1994, n° 20, p. 133 et s. ou de P. DRAI, Y. CHARTIER et D. TRICOT, « La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions », *Droits*, n° 20, p. 107 et s.

V. aussi Le « point de vue » de J.-F. CESARO, P.-Y. GAUTIER et F. LEDUC au *Dalloz*, 2005, p. 2332 : « Peut-on cesser d'accabler les universités ? ».

N'ayant pas toujours ce réflexe ou perpétuant sa pensée en totale contradiction avec les réalités pratiques, il n'est pas rare qu'un auteur soit critiqué pour son refus de prise en compte de la réalité. Par exemple, Garçon¹⁵⁶ proposa une conception juridique de la soustraction qui, si elle put un temps influencer le magistrat, tomba en désuétude pour son application pratique quasi impossible. « *La détention purement matérielle non accompagnée de la remise de possession n'est pas exclusive de l'appréhension qui constitue un élément du délit de vol* »¹⁵⁷. Il se sert d'une distinction civiliste¹⁵⁸, elle-même déglacée par un auteur, Savigny. Mais elle nécessite de sonder l'intention des parties, parties aux intérêts contraires de surcroît. Or, on ne peut bien évidemment pénétrer l'esprit de quelqu'un, d'où le quasi-abandon de la théorie par les juges.

La pratique finit toujours par s'imposer à la théorie. Les auteurs sont donc doublement enserrés en droit pénal, s'ils veulent que leur pensée ait de réelles répercussions : ils ne peuvent interpréter les textes que strictement, et doivent prévoir à l'avance les éléments perturbateurs pratiques auxquels une règle sera confrontée.

Dans une époque où les faits divers occupent souvent le devant de la scène, le juge s'impose par son éclairage médiatique et sa présence. Il n'est d'ailleurs plus rare qu'il prenne la plume pour dénoncer lui-même les dysfonctionnements du système auquel il concourt. Ainsi, le Procureur général près la Cour de cassation, Monsieur Burgelin, s'associe à un autre praticien, Maître Lombard, pour faire le *Procès de la Justice*¹⁵⁹. Le juge d'instruction Eva Joly prend également sa plume pour livrer ses réflexions critiques : « *Est-ce dans ce monde-là que nous voulons vivre ?* »¹⁶⁰. La critique du système juridique n'est donc plus l'apanage de la doctrine.

Sur les praticiens : des arrêts mieux rédigés, plus motivés. Cela devrait être la conséquence des critiques ; est-ce

¹⁵⁶ Par ailleurs soucieux de la prise en compte de la jurisprudence !

¹⁵⁷ *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, tome I, p. 1115 et s.

¹⁵⁸ Voir « civilistique », adjectif péjoratif inventé par certains pénalistes qui ont à cœur de proclamer l'autonomie et le pragmatisme de leur droit.

¹⁵⁹ *Le Procès de la Justice*, Plon, 2003.

¹⁶⁰ Ed. des Arènes, 2003.

vraiment le cas ? Reste qu'il faut bien admettre que la poésie d'antan s'est perdue et les grands arrêts occultés du nom des parties sont désormais difficilement repérables¹⁶¹.

De plus, en France, les arrêts sont remarquables par leur concision. Celle-ci n'est pas forcément un mal, « *les arrêts concentrés dans un motif sont les meilleurs, ils dirigent mieux pour l'avenir et n'engendrent pas la perplexité* »¹⁶² pour Labbé ; mais de la concision à l'ellipse, il n'y a qu'un pas très souvent franchi et qui fait aller de soi pour les auteurs la recherche de l'intérêt d'un arrêt non dans ce qu'il dit...mais en dehors de ses motifs !

Dès lors, il est de plus en plus fréquent qu'une certaine partie de la doctrine s'exprime pour réclamer à la Cour de plus amples motivations¹⁶³. La motivation permet aux justiciables concernés de mieux comprendre la décision, de même qu'elle participe à la clarté et à l'accessibilité de la loi, exigées par le Conseil constitutionnel¹⁶⁴, en posant clairement quel est l'état du droit positif. En participant au « *flou du droit* »¹⁶⁵, l'absence de motivation rend à l'inverse l'essai de mise en système du droit quasi impossible, conséquence grave pour des règles pénales que l'on désire strictes et cohérentes, afin de protéger les libertés.

Et, quoi qu'il en soit, la doctrine ne fait ici que réclamer l'application des règles de droit positif : l'obligation de motiver les décisions est posée par le Code de procédure pénale (articles 485 et 543), de même que doivent donner lieu à cassation les arrêts non motivés, insuffisamment motivés ou dont les motifs sont

¹⁶¹ V. O. CACHARD, « Aux grand arrêts, les juristes reconnaissants... Brefs propos sur l'« anonymisation » (sic) des décisions de justice », *D.*, 2004, n°7, p. 429.

¹⁶² *Sirey*, 1887, p.193.

¹⁶³ V. A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1974, p.487 et s. ; « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.*, 2000, p. 679 et s.

¹⁶⁴ Dès sa décision des 19 et 20 janvier 1981, et plus récemment dans sa décision du 2 mars 2004.

¹⁶⁵ V.M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Quadrige, P.U.F., 2004, 1^{re} éd., introduction.

contradictoires. La Cour de cassation ne devrait-elle pas respecter les règles qu'elle se doit de faire appliquer ?

Mais il faut reconnaître une certaine volonté de la Cour de lutter contre les conséquences néfastes de cette motivation sommaire. Elle va vers de plus en plus de transparence, par exemple en éditant un rapport annuel remis au Garde des sceaux pour clarifier sa jurisprudence. Elle produit ainsi un véritable travail doctrinal, prenant appui tant sur les opinions des auteurs que sur leur méthode de travail. Transparence et communication sont donc à l'ordre du jour. Ce travail est peut-être conséquence de la répétition de critiques doctrinales. La procédure de saisine de la Cour pour avis, créée en 1991¹⁶⁶, puis étendue à la matière pénale en 2001¹⁶⁷ participe aussi de cet effort. Il est donc désormais possible de saisir la Cour dès que se pose une question de droit inédite, « *présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* »¹⁶⁸.

Reste que la doctrine n'adhère pas totalement à l'attitude actuelle de la Cour, et notamment à la légèreté de la motivation de certains arrêts. De plus, l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut amener la Cour européenne à exiger de la Cour de cassation plus de clarté. La Cour de Strasbourg a ainsi pu conclure à une erreur manifeste d'appréciation de notre Cour souveraine, cette dernière n'ayant pas « *davantage expliqué sa position* » et n'ayant pas fourni d'autre motivation pour justifier cette position¹⁶⁹. Certains auteurs sont perplexes¹⁷⁰.

Le cas particulier des Cours d'assises. Les décisions des Cours d'assises ne sont pas motivées. L'article 353 du Code de procédure pénale pose notamment que « *la loi ne demande pas compte*

¹⁶⁶ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 ; art. L. 151-2 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁶⁷ Loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 ; arts. 706-64 et s. C. pr. pén.

¹⁶⁸ Art. L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁶⁹ C.E.D.H., 21 mars 2000, « *Dulaurans contre France* », RTD civ., 2000, p. 439 et s., note J.-P. MARGUENAUD.

¹⁷⁰ S. GUINCHARD, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation (qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) ? », *Mélanges Terré*, p. 761 et s.

aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus ». Cela est dû à la composition particulière de la Cour, les jurés n'ayant pas une maîtrise suffisamment aigüe du droit qu'on leur demande d'appliquer. Il ne peut donc se former aucun corps de jurisprudence autour de celles-ci, lesdites décisions se trouvant par la-même hors de portée des flèches doctrinales.

Exiger des motivations de jurés non juristes n'a à première vue aucun sens et ne redonnerait pas aux commentaires de ces décisions un intérêt. La doctrine ne ferait ainsi qu'apprécier les opinions personnelles de personnes statuant en pure opportunité. Mais on peut concevoir une certaine déception de la part d'auteurs privés de commentaires des décisions aux répercussions les plus graves. D'autant que proclamer des jurés bien informés néophytes du droit est peut-être trop simple.

Il existe malgré tout des correctifs à ce système : le droit d'appel instauré par la loi du 15 juin 2000 et renforcé par celle du 4 mars 2002, ainsi que le pourvoi en cassation qui, quant à lui, entre dans le champ de critique doctrinal, sont l'occasion pour les auteurs de donner leur avis sur le droit rendu. Une certaine partie de la doctrine voit même dans cette absence de motivation le seul moyen d'éviter que le juge ne devienne « *le législateur des cas particuliers* » (Ripert)¹⁷¹. Mais la doctrine est aussi l'objet de ses propres critiques.

§ 3. La critique de la doctrine

Accepter la critique. Pour terminer, et de manière concise, il ne faut pas oublier qu'interpréter et critiquer, c'est aussi s'exposer aux critiques. La doctrine est exigeante envers ses membres potentiels. Aussi les thèses reconnues ne sont-elles pas si nombreuses (A).

Enfin, les grandes controverses doctrinales n'ont pas épargné le droit pénal, bien au contraire (B).

¹⁷¹ P. JESTAZ, *Le droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 1996, p. 56. et s. (il existe une 4^e édition depuis 2001).

A. « A l'entrée »

Un droit à la doctrine. Une sélection s'opère : être membre de la doctrine est un droit reconnu, qui s'acquiert. Pour être professeur de droit, et ainsi appartenir quasi automatiquement au corps doctrinal, il faut passer par le chemin de la thèse, puis, pour acquérir une autorité plus importante, par celui de l'agrégation. Les thèses sont de plus en plus nombreuses, aussi doivent-elles s'imposer par leur qualité. Les candidats sont ainsi sélectionnés par un système que d'aucuns qualifient d'élitiste, devant répondre à toutes les critiques de leur travail formulées lors de la soutenance. Cette première étape franchie, les concours de recrutement, dont le plus prestigieux est l'agrégation, finissent d'opérer la sélection au sein des candidats les plus résistants à la critique de leurs pairs. Certains auteurs parlent d'ailleurs de véritable « *adoubement* » à propos de ce concours¹⁷², ce dernier légitimant un auteur dans ses futurs travaux doctrinaux.

L'entrée en doctrine peut suivre des chemins plus sinueux, de même que le professeur de droit nouvellement agrégé devra confirmer son statut d'homme de doctrine. La notoriété et l'autorité seront obtenues par la qualité de travaux empruntant les supports traditionnels d'intervention doctrinale et obéissant aux règles de ce que certains qualifient de tradition, cette dernière se matérialisant sous la forme de « *rites d'écriture* » ou de « *rites institutionnels* »¹⁷³.

B. « Au cours »

Les deux « Géants » du droit pénal moderne. Une étude sur le rôle de la doctrine pénaliste ne peut échapper à un bref panégyrique des auteurs les plus cités par leurs confrères et continuateurs : René Garraud et Emile Garçon. Leur place est peut-être ailleurs que dans un paragraphe consacré aux controverses doctrinales, mais notre intention est seulement de démontrer à quel point celles-ci ont pu être bénéfiques à la matière. Le droit pénal

¹⁷² N. MOLFESSIS, « Les prédictions doctrinales », *Mélanges Terré*, p. 141. et s.

¹⁷³ Pour des développements plus complets, v. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, p. 196 et s.

spécial, notamment, fut le terrain de jeu privilégié des deux auteurs.

Opérant à la seconde moitié du XIX^e siècle, ils participent au renouveau du droit pénal et sont de tous les grands rendez-vous de la matière. Ils sont les plus interpellés par les criminalistes présents lors de l'assemblée mémorable tenue pour débattre du centenaire du Code pénal, le 20 juin 1910¹⁷⁴. Leurs paroles font autorité chez tous leurs contemporains, de même que tous les acteurs du droit pénal moderne ne répugnent pas à s'y référer. Leurs controverses célèbres, – s'agit-il d'ailleurs réellement de controverses ? – figurent dans tous les cours de droit pénal spécial, même si celles-ci ne présentent parfois plus vraiment d'intérêt en droit pénal positif. Ainsi, Garraud proposa de retenir une conception matérielle de la soustraction, à laquelle fut opposée celle, plus juridique, de Garçon. La Cour de cassation oscilla, retenant successivement l'analyse des deux protagonistes, avant d'opter définitivement, semble-t-il, pour une vision plus proche de la théorie de Garçon. Les deux auteurs choisirent aussi deux chemins différents quant à l'infraction impossible, nous l'avons vu.

Chose notable, le droit pénal des affaires se réfère souvent aux deux auteurs pour remettre au goût du jour des infractions dont le juge a longtemps oublié qu'elles existaient. Or, là aussi, les deux auteurs purent avoir des avis divergents. L'article 432-11 du Code pénal de 1992, par exemple, traite de l'infraction de corruption, celle-ci se matérialisant notamment par l'accomplissement – ou l'abstention – d'un « acte de la fonction » de la personne concernée¹⁷⁵. Pour Garraud il est « l'acte qui fait partie des attributions légales de celui qui l'accomplit ». Pour Garçon, c'est plus largement « l'ensemble des obligations découlant de la fonction ». Ce dernier « l'emporta » une fois de plus, non seulement devant le juge qui retint cette conception dès un arrêt du 5 janvier 1933¹⁷⁶, mais aussi auprès du législateur qui ajouta au sein des textes répressifs

¹⁷⁴ Pour une reproduction des débats : *Revue pénitentiaire de droit pénal*, 1910, p. 905 et s.

¹⁷⁵ La controverse est rapportée par M. SEGONDS, *D.*, 2004, Sommaires commentés de droit pénal, p. 316.

¹⁷⁶ *Garç. Pal.*, 1933, 1, p. 411.

l'acte facilité par la fonction dans une loi du 16 mars 1943. Les controverses des deux auteurs, et ainsi la critique de la thèse d'un auteur par un autre, sont donc chose naturelle et bénéfique pour l'avancée du droit pénal.

Une opinion forte. La doctrine a mis en place depuis le début du XIX^e siècle un système pénal cohérent en constante évolution, mais reposant sur des bases solides. Elle a cédé au positivisme pour s'exclure des sources du droit et se contenter d'arbitrer tous les conflits entre les deux objets successifs de son culte, la loi et la jurisprudence. Ainsi, elle a trop sacrifié un temps à une loi déjà puissante, un autre temps à une jurisprudence qu'il était nécessaire de promouvoir, mais pas d'encenser. Mais l'époque des cultes et de l'exégèse de textes rendus sacrés est bien terminée.

Après l'admiration, vint la critique. Elle fut virulente, la doctrine dénonçant plus fréquemment une mauvaise loi et un mauvais juge qu'elle ne les encensa. Elle fut récurrente aussi, la qualité du droit voté et du droit rendu n'allant pas croissant.

Mais interpréter et critiquer révèlent une attitude de la part des auteurs qui, bien que nécessaire, est encore trop passive. Pour parvenir à un droit meilleur, il faut proposer, convaincre le juge et le législateur d'adopter un raisonnement doctrinal. La doctrine a démontré par ses constructions logiques et savantes qu'elle pouvait faire œuvre normative ou codificatrice. Et ainsi, parfois, la doctrine intègre le droit positif.

Avec le temps, les rôles de chacun évoluent. Les changements opérés au sein des sources du droit pénal sont dus autant à l'attitude des auteurs, qu'à une simple prise en compte de l'évolution de la société et de ses besoins.

Le présent doctrinal est donc fait tout à la fois de la volonté forte chez les auteurs pénalistes de lutter directement pour la construction d'un droit meilleur, que de la nécessité pour ceux-ci de toujours s'adapter aux évolutions du droit pénal.

2^e PARTIE

LE RÔLE PROSPECTIF DE LA DOCTRINE PENALISTE

« *Prospectif, ive : adj. Qui regarde l'avenir* »
Petit Larousse.

La doctrine pénaliste et l'avenir. Que signifie regarder l'avenir pour la doctrine ? Cela peut être en premier lieu tenter de percevoir l'évolution du droit positif, de la législation et de la jurisprudence. La doctrine pénaliste, alors visionnaire, propose au législateur ou au juge d'adopter sa conception d'un aspect donné, plus ou moins large, du droit pénal. Ces derniers peuvent ainsi décider de se laisser influencer, ou même peuvent être influencés sans s'en apercevoir pleinement, voire s'en rendre compte mais ne pas l'admettre ouvertement (Chapitre I). La doctrine est actrice de l'évolution de son droit.

Regarder l'avenir, c'est aussi s'adapter aux changements du droit pénal, à ses mutations actuelles ou futures. Face à ces variations, de nouveaux terrains d'intervention s'offrent aux auteurs, les contraignant bien souvent à s'ajuster et à se livrer à des prédictions de plus en plus complexes sur l'avenir du droit pénal (Chapitre II). La doctrine observe et s'adapte à l'évolution de son droit.

Chapitre 1

L'influence de la doctrine

« Celui qui règne dans les cieux, et de qui relèvent les empires, à qui seul appartient la gloire, la majesté et l'indépendance, est aussi le seul qui se glorifie de faire la loi aux rois, et de leur donner, quand il lui plaît, de grandes et terribles leçons. Soit qu'il élève les trônes, soit qu'il les abaisse, soit qu'il communique sa puissance aux princes, soit, qu'il la relie à lui-même et ne leur laisse que leur propre faiblesse, il leur commande d'en user, comme il fait lui-même, pour le bien du monde »¹⁷⁷.

Le droit pénal positif. L'influence de la doctrine pénaliste ne peut être mesurée qu'à l'aune de ceux qui produisent le droit pénal positif, à savoir celui qui fait les lois, le législateur (Section I), et celui qui, par son application de ces lois, forme un corps de règles tout aussi important, le juge (Section II).

Section 1. L'influence sur le législateur

L'objet du droit pénal. Le droit pénal a comme particularité d'avoir lui-même forgé l'objet de son étude, l'infraction, qui n'est pas une donnée naturelle. A l'origine de ce droit, il y a donc déjà des penseurs juristes, une véritable doctrine agissante. Mais nous nous intéressons à un rôle doctrinal plus contemporain.

¹⁷⁷ BOSSUET, *Oraison funèbre de Henriette*.

Les sources de la loi. « Le législateur » : qui donc se cache sous cette expression abstraite et impersonnelle à souhait ? Les parlementaires ne sont pas les rédacteurs exclusifs des lois. Cette rédaction est en effet le fruit d'un travail de techniciens du droit, parfois influencés implicitement par la doctrine (§ I), parfois simplement membres de cette doctrine (§ II).

§ 1. Une influence implicite

Une intervention officieuse. Les auteurs n'ont alors recours à aucun moyen d'intervention officiel : aucune commission n'est constituée et aucun appel n'est lancé par le législateur. La doctrine critique, mettant ainsi en lumière un désordre ou un manque législatif. En réaction, le législateur intervient (A).

Le support privilégié de cette influence reste les nombreux avant-projets de code que la doctrine a pu réaliser et proposer au pouvoir souverain. S'ils ne sont généralement pas adoptés, ils sont un puits de propositions doctrinales dans lequel le législateur n'hésite pas à tirer des idées (B).

A. La réaction du législateur aux critiques

Les vides législatifs. Première faille d'un positivisme quasi absolu car reposant sur un principe de légalité fort, il faut bien reconnaître que le législateur n'a pas pu tout prévoir. La doctrine joua ainsi un rôle essentiel de rappel à la logique du législateur, rôle d'ailleurs sensiblement lié à celui du juge. Le Code pénal de 1810 put, en effet, oublier de régler quelques questions essentielles de la responsabilité pénale : aucune disposition générale n'était, par exemple, consacrée à l'état de nécessité ou au mécanisme de l'erreur de droit.

Juges et auteurs luttèrent donc de concert pour que ces deux notions soient retenues sans qu'il soit réellement établi qui, de la doctrine ou du juge, fut réellement à l'origine de ces concepts. Selon les auteurs, les inspireurs de ces mécanismes divergent. Pour l'état de nécessité, par exemple, un auteur attribue une in-

fluence fondamentale à une thèse belge, d'un certain Foriers¹⁷⁸. Un autre loue l'influence effective du pénaliste Pierre Bouzat et de son Maître, Louis Hugueney¹⁷⁹.

En vérité, les auteurs desdits articles traitent de différentes sortes d'influence : celle de l'auteur sur le juge, puis celle de l'auteur sur le législateur, voire même celle du juge sur le législateur, mais après que ce juge ait adopté un raisonnement d'origine doctrinale.

Pour l'état de nécessité, la jurisprudence fut influencée, puis évolua en trouvant des fondements moins contestables à la notion – au départ, le bon juge Magnaud se rattacha à la contrainte morale¹⁸⁰ –, et cela grâce aux auteurs. L'intervention doctrinale eut donc lieu à deux niveaux : quant au dégagement de la règle, puis quant au fondement de celle-ci. Le législateur ne put en définitive qu'entériner cette construction logique.

Il n'est donc pas contestable que la jurisprudence put combler les vides législatifs en s'appuyant sur la réflexion d'auteurs faisant autorité, poussant par là même le législateur à corriger ces lacunes dès que l'occasion se présenta : l'avant-projet de Code pénal de 1978 – pour l'état de nécessité du moins –, puis le Code pénal de 1992.

L'erreur de droit fut également reconnue par le législateur de 1992, ce dernier officialisant la doctrine de Garraud pour lequel déjà « *l'erreur exclut toute culpabilité, s'il y a eu impossibilité de se renseigner et si l'erreur était invincible* »¹⁸¹. L'entente doctrine– législateur n'a malgré tout pas pleinement porté ses fruits en ce domaine, le juge exigeant toujours de la part de l'auteur une erreur absolument insurmontable, quasiment jamais réalisée en pratique.

¹⁷⁸ R. LEGEAIS, « Le rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence pénale française », *Mélanges R. Legeais*, p. 452.

¹⁷⁹ J.-Y. CHEVALLIER, « L'état de nécessité (le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif) », *Mélanges Bouzat*, 1980, p. 121.

¹⁸⁰ Affaire « *Ménard* », Tribunal de Château-Thierry, 4 mars 1898 ; sous Amiens, 22 avril 1898, *Sirey*, 1899, II, p. 1.

¹⁸¹ *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Sirey, 1913, p. 604.

Donnons un dernier exemple démontrant bien, tant la corrélation entre le juge et les auteurs pour faire évoluer la législation, que le rôle de ces derniers dans la mise en système des arrêts. Le pénaliste Roux, dans une note fameuse en 1871¹⁸², écrivait que « *c'est un point constant en jurisprudence que le principe de la non-rétroactivité des lois dans les matières criminelles s'applique au fond du droit et non pas aux lois de procédure et d'instruction* ». Ainsi, dès la fin du XIX^e siècle, auteurs et juges considèrent comme allant de soi l'application immédiate des lois procédurales. Ce n'est une fois de plus qu'en 1992 que sera adopté l'article 112-2 du Code pénal, article qui entérinera enfin cette règle. L'énoncé clair et concis par certains auteurs – dont Roux – d'une solution jurisprudentielle constante, joua sans doute son rôle dans cette reconnaissance.

Mais les lacunes législatives marquent plus fréquemment les domaines très spécialisés et dans lesquels l'intervention législative est récente : droit pénal financier, ou encore droit pénal de la bioéthique se dotent ainsi d'une doctrine propre, prête à dénoncer chaque vice de rédaction de la future législation en ce domaine.

Lois complémentaires. Les réflexions marquant ce type de lois seront courtes, celles-ci n'étant qu'une conséquence de ce qui vient d'être énoncé. Le législateur, pourtant si prolixe de nos jours, oublie certaines fois d'aborder quelques points de droit importants dans ses textes. Il s'agit donc une fois de plus de véritables lacunes, la différence ne se situant que dans la rapidité de la réponse parlementaire.

Contre presque deux siècles d'attente pour la reconnaissance effective de l'état de nécessité, deux années seulement furent nécessaires pour admettre que si l'on instaure un appel des arrêts de condamnation des Cours d'assises, il est logique en vertu de l'égalité des armes de permettre aussi au Ministère public de faire appel en cas d'acquiescement. Ainsi, la loi du 15 juin 2000 fut dotée de sa complémentaire : la loi du 4 mars 2002. Effet placebo¹⁸³ selon Monsieur Pradel, elle n'en reste pas moins la réaction du

¹⁸² Arrêt « *Lapeyre* », *D.*, 1871, jurisprudence, p. 263 et s.

¹⁸³ « La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence », *D.*, 2002, chroniques, p. 1693.

législateur aux critiques tant pratiques que théoriques. Ces lois complémentaires sont rares et n'ont en général vocation qu'à corriger une erreur grossière de la part du législateur, un oubli manifeste, ou à lutter contre la réticence de ce dernier à reconnaître pleinement une nouveauté. La doctrine n'influence pas vraiment ici le fond du droit, mais elle encourage simplement l'intervention du législateur en dénonçant les lacunes de son travail.

Un domaine d'intervention privilégié : la procédure pénale. Matière plus que toute autre soumise à la politique et, ainsi, au règne des changements de majorité, la procédure pénale fait l'objet de réformes incessantes depuis les années 1970. Matière fortement politisée, elle n'en reste pas moins matière juridique. Régissant les libertés, la procédure fait l'objet de déformations chroniques par le législateur selon la conception qu'il se fait du rôle et de l'ampleur de ces libertés.

Mais ce domaine reste malgré tout propice aux flèches doctrinales, notamment envers la rédaction des textes en question qui manquent souvent de cohérence avec l'ensemble de la procédure, ou envers l'oubli de certaines abrogations qui s'imposent après l'adoption de nouveaux textes. La récente loi dite « Perben II » fit, par exemple, se superposer différents régimes de répression, plusieurs normes étant parfois susceptibles de s'appliquer pour un même problème de droit. Une fois ces défauts dénoncés par la doctrine, on peut espérer une réaction rapide de la part du législateur.

Plus simplement, c'est quelquefois la complexité, voire l'impossibilité de compréhension des réformes, qui est reprochée au législateur. Là encore, ce dernier peut être sensible aux critiques doctrinales. Et cela est bénéfique lorsqu'il modifie ou abroge des dispositions contestables. Mais cela l'est moins lorsqu'il légifère de nouveau sur un même point de droit, tentant de compenser une faiblesse législative par l'ajout de nouveaux textes surabondants.

Aussi, parfois, la doctrine va jusqu'à proposer au législateur sa vision propre du Code idéal.

B. Les avant-projets de code

De nombreux avant-projets. Si le Code pénal en vigueur ressemble plus à son ancêtre de 1810 que le Code civil à ses origines de 1804, ce n'est pas faute pour les auteurs d'avoir essayé de le modifier. Il semble d'ailleurs qu'en droit pénal et en procédure pénale, les auteurs souhaitent un renouvellement radical de la matière plutôt que quelques réformes de fond.

En partant de ce postulat, plusieurs propositions peuvent se dégager : le Code pénal de 1810 était-il un mauvais code ? L'évolution des mœurs et de la conception des libertés par les citoyens nécessite-t-elle un changement récurrent de la législation répressive ? Les auteurs ressentent-ils le besoin d'associer leur nom à une grande réforme de fond, plutôt que de faire une critique quotidienne des lois habituelles ? Ou, plus simplement, les changements de majorité si fréquents, et par là même la modification du personnel politique agissant, paralysent-ils lesdites réformes ? Nous ne prétendons pas apporter ici de réponse à toutes ces questions. Contentons-nous d'un constat simple : la présence répétée d'un concept fort au sein de chaque avant-projet garantit généralement à celui-ci une mise en œuvre en droit positif.

Exemple frappant, la responsabilité des personnes morales fut le fruit d'une évolution tout au long de ces projets, au gré tant de la conception que s'en faisaient les auteurs que de celle de la société.

Cette responsabilité a toujours intéressé la doctrine. Achille Mestre y consacre sa thèse de doctorat¹⁸⁴ dès la fin du XIX^e siècle et, au siècle suivant, certains grands pénalistes apportent leur contribution à ce principe naissant¹⁸⁵. Ce dernier, pleinement positif depuis 1994, ne cesse pour autant d'être l'objet de réformes et de

¹⁸⁴ *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1899.

¹⁸⁵ V. par exemple J. MAGNOL, « Une expérience de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales », *Revue internationale de droit pénal*, 1946, p. 58 et s., ou H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *Revue internationale de droit pénal*, 1950, p. 339. et s.

commentaires doctrinaux quant à son fondement ou à sa portée¹⁸⁶.

Les projets de code ont suivi l'évolution de ces pensées prospectives. La responsabilité pénale des personnes morales est envisagée dès l'avant-projet de Code pénal de 1934¹⁸⁷. En 1976, seuls sont concernés les groupements à objet commercial, industriel ou financier puis, en 1978, ceux dont l'activité intervient dans les domaines susdits. En 1983, c'est la personne morale sans précision puis, en 1986 et 1989, ce sont toutes les personnes morales sauf les collectivités publiques et les groupements de ces dernières. Le Code pénal de 1992 retient finalement cette dernière solution, tout en permettant la répression de ces groupements lorsqu'ils commettent des infractions « dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public » (article 121-2). Et il faut bien constater que l'évolution continue en droit pénal, la personne morale sortant de plus en plus de sa fictivité d'origine pour devenir une véritable personne juridique. La loi « Perben II » a ainsi abandonné le principe de spécialité, et la jurisprudence reconnaît désormais qu'une telle personne peut « mourir » – mettant corrélativement fin à sa responsabilité – lors d'une fusion-absorption avec une autre société¹⁸⁸. N'est-ce pas là, en son aspect pénal, la victoire de la conception de trois auteurs classiques : Zachariae, Aubry et Rau¹⁸⁹ ?

Des avant-projets utiles. Aucun de ces projets n'ayant été pleinement adopté par le droit positif, il n'existe pas en droit pénal de parfait « juriste-législateur », à l'image du rôle que put jouer le Doyen Carbonnier dans les années 1970 pour les grandes réformes du droit de la famille. Les réformes en droit pénal font

¹⁸⁶ V. par exemple J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ? », *D.*, 2000, jurisprudence, p. 636 et s.

¹⁸⁷ Le texte résulte des travaux de la Commission Matter ; sa rédaction fut déléguée à un groupe de juristes toulousains, dont le rapporteur fut Joseph MAGNOL : V. J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du Code pénal français*, Sirey, 1934.

¹⁸⁸ V. Cass. crim., 20 juin 2000, *Bull. crim.*, n°237.

¹⁸⁹ V. *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, Tome IX, § 573, « Notion de patrimoine » (éd. de 1917 par E. BARTIN).

peur, preuve en est – une fois de plus – le tapage médiatique que provoqua le vote de la loi dite « Perben II ».

Mais le problème est plus généralement celui de la méthode de rédaction. Confier un avant-projet à une seule personne pousse à la méfiance, que celle-ci résulte d'une position de principe – une réforme pénale ayant potentiellement trop de répercussions sur les libertés pour qu'elle soit abandonnée à un individu seul –, ou qu'elle soit la conséquence d'un désaccord avec les opinions de l'auteur, le projet ne reflétant en toute logique que ces dernières. Cela a par contre l'avantage d'offrir un travail cohérent, véritablement unitaire, ce qui a pu pousser certains politiques à faire appel à un auteur seul. Ainsi, un Garde des Sceaux s'adressa au Professeur Rassat, afin que celle-ci rédige une proposition de réforme du Code de procédure pénale¹⁹⁰.

A l'inverse, s'adresser à une commission pluraliste permet d'évincer les peurs de partialité. Mais le résultat d'un tel travail est nécessairement le fruit de compromis. Le problème du choix d'une diversité d'auteurs se situe donc essentiellement au niveau de l'unité du résultat. Comment ne pas se borner à des « *énoncés platement techniques* », à un « *document de travail* », termes retenus par le Doyen Carbonnier¹⁹¹ pour qualifier le Code pénal de 1992, lorsqu'on adopte un texte résultant de compromis, tant politiques que techniques ?

Mais il faut bien admettre que le fait de retrouver certaines propositions communes à tous ces avant-projets constitue une base solide de justification à leur mise en œuvre en droit positif. Ce fut le cas de la responsabilité pénale des personnes morales, nous l'avons vu, et ce fut également le cas de l'infraction générale de mise en danger délibérée d'autrui. En bref, tous les apports essentiels du Code pénal de 1992 figuraient déjà dans les divers avant-projets.

Parfois, les idées des auteurs influencent plus directement le fond du droit pénal.

¹⁹⁰ *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Dalloz, 1997. Pour la genèse de ce projet, v. les avant-propos de M.-L. RASSAT.

¹⁹¹ *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.

§ 2. Une influence « idéologique »

Le droit pénal des professeurs. Confier à un groupe d'auteurs la rédaction d'un code pénal moderne laisse à ces derniers une grande marge de manœuvre pour marquer le droit pénal de leur empreinte propre. A travers une intervention officielle annoncée comme de pure forme – un nouveau code –, c'est le fond du droit que la doctrine influence (A).

Mais la doctrine influence parfois le législateur simplement en exposant ses idées, que cela soit individuellement ou de manière collective, sous l'étiquette d'« une » doctrine (B). Influencer nécessite quoi qu'il arrive les qualités pédagogiques et didactiques d'un bon professeur.

A. La rédaction des Codes répressifs

La doctrine ne détient pas le pouvoir législatif. Son rôle dans l'élaboration des lois n'est donc et ne peut être qu'influence. En guise de propos liminaires, il est malgré tout utile de rappeler que, parfois, certains membres éminents de la doctrine peuvent s'intégrer au sein des pouvoirs normatifs de l'Etat. Ainsi, le grand juriste Jean Foyer fut ministre de la Justice d'avril 1962 à avril 1967¹⁹². A cette occasion, il put être l'artisan principal de la mise en place de la Cour de Sécurité de l'Etat, juridiction qui, bien que d'exception, marquait un progrès en s'efforçant de répondre « *au double souci de l'égalité quant aux principes, et de rapidité et d'efficacité* ».

Monsieur Robert Badinter, ministre sous François Mitterrand, marqua bien entendu le droit pénal français de son empreinte : à son actif notamment, l'abolition de la peine de mort dans une société pourtant favorable à celle-ci, et un coup décisif apporté à l'adoption d'un Code pénal nouveau. Il y en eut d'autres. De tous temps, certains parlementaires se classent parmi les membres distingués de la doctrine. Ils sont trop nombreux pour être énumérés. De même que les membres du prestigieux Conseil constitutionnel, organe qui participe désormais, de plus en plus souvent, à

¹⁹² V. R. MERLE, « L'action de Jean Foyer en matière pénale au ministère de la Justice », *Mélanges Foyer*, p. 165.

l'élaboration des lois, sont pour la plupart d'éminents juristes. Monsieur Badinter en fut un jour le président.

Mais la doctrine participe au pouvoir législatif. Quelles sont les étapes pour élaborer un code répressif ? Par souci d'exactitude et de simplicité, un exemple récent s'impose : celui du Code pénal de 1992.

Le législateur est le représentant du peuple souverain, l'élu de la Nation, et possède ainsi la prérogative de voter le texte et de proposer des modifications par l'exercice de son droit d'amendement. Une rapide lecture du travail parlementaire précédant l'élaboration du Code démontre rapidement que l'essentiel n'est pas là. Si ce n'est quelques députés de formation juridique, la plupart s'excusent à l'avance de ne pas être juristes, avant de citer en argumentation de leur propos quelques phrases d'un ouvrage de droit pénal, ou un rapport statistique issu d'une revue spécialisée¹⁹³. La qualité de ces phrases, de même que leur utilité, n'est pas en cause, mais elles s'inscrivent parfois – souvent même – dans un contexte inopportun. L'essentiel, tant de l'élaboration du Code que du véritable rôle joué par la doctrine, est ailleurs.

Si les pénalistes ne sont pas dotés de l'aura reconnue aux quatre rédacteurs originels du Code civil, ils furent pourtant les artisans de l'élaboration du Code de 1992¹⁹⁴. Une première commission fut ainsi créée prenant certes en considération l'opinion politique des prétendants, mais n'oubliant malgré tout pas de choisir parmi ceux-là les techniciens du droit pénal les plus compétents. De 1972 à 1981, Monsieur André Vitu, Professeur et pénaliste de grand talent, put opérer accompagné notamment par le Procureur général et auteur récurrent au *jurisclasser pénal* Jean Robert. Ils ne furent bien sûr pas seuls, mais leur influence est notable dans le résultat obtenu : l'infraction de mise en danger, l'un des apports fondamentaux du Code, est due en grande partie aux propositions insistantes du Professeur Vitu, lui-même sans

¹⁹³ V. par exemple, pour l'Assemblée Nationale et concernant le livre premier du Code pénal : JO des 10, 11 et 12 octobre 1989, p.3325 et s.

¹⁹⁴ Pour un exposé complet : P. PONCELA et P. LASCUMES, *Réformer le Code pénal, où est passé l'architecte ?*, Les voies du droit, P.U.F., 1998, p. 97.

doute influencé par les écrits de son illustre prédécesseur Donne-dieu de Vabres.

De 1981 à 1990, changement de majorité oblige, une seconde commission fut constituée sous la présidence de Robert Badinter, alors Garde des Sceaux, et marquée notamment par la présence de Madame le Professeur Mireille Delmas-Marty. André Vitu démissionna du projet et fut remplacé par le Professeur Georges Levasseur. Les changements opérés n'évincèrent heureusement pas les propositions du Professeur Vitu. Un projet fut dès lors élaboré, fort d'influences doctrinales très diverses. Ses apports ne furent pas révolutionnaires, mais il paraît juste de reconnaître que la doctrine pénaliste, dans sa grande diversité, élaborait ce Code.

Malgré tout, les présupposés politiques dans la composition des commissions nécessitent quelques développements quant aux contributions réelles des auteurs. Il existe en tout état de cause des articles purement doctrinaux : l'article 121-3, par ailleurs cible privilégiée de discussions et controverses¹⁹⁵, en est la preuve. Précisant l'utilité de la faute pour chaque infraction, il semble à première vue surnuméraire par rapport aux articles présentant les incriminations elles-mêmes, bref par rapport au droit pénal spécial¹⁹⁶. De même, le Code pénal nouveau consacre des types d'infractions (les infractions de mise en danger) reconnues de longue date par la doctrine, ainsi qu'une nouvelle forme de responsabilité (la responsabilité pénale des personnes morales) débattue dans de nombreux colloques bien antérieurs au Code. Ces apports essentiellement doctrinaux sont d'ailleurs les seuls qui justifient que l'adjectif « nouveau » soit accolé audit Code, et ils ne sont pas anodins.

Mais les principaux ajouts au droit pénal codifié ne sont très souvent que des consécutions de l'évolution jurisprudentielle et les arguments doctrinaux, parfois trop théoriques, purent être rejetés ; on a ainsi pu proposer en 1976 de consacrer le principe de

¹⁹⁵ Elles sont de toutes sortes : v. par exemple M-L.RASSAT, « Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier », *Dr. pén.*, 1996, chronique, n°28 ou P. CONTE, « Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence », *D.*, 2004, jurisprudence, p. 1336.

¹⁹⁶ Même si, comme bien souvent, les choses ne sont pas si simples.

l'interprétation téléologique de la loi pénale. De même, il est parfois fait référence aux droits étrangers, comme par exemple pour justifier le seuil reconnu à l'irresponsabilité des mineurs, soit 13 ans. La doctrine semble ainsi devoir faire appel à d'autres sources pour asseoir la légitimité de ses propositions. Parmi celles-ci, figurent tout de même en bonne place des Facultés de droit. Ainsi, la distinction en deux sections retenues par le Code des règles consacrées au droit pénal international en « *infractions commises sur le territoire de la République* » et « *infractions commises hors du territoire de la République* » est une proposition de la Faculté de droit d'Aix-Marseille.

L'intervention parlementaire lors du vote des articles joua malgré tout parfois un rôle notable. La légitime défense, par exemple, ne faisait l'objet d'aucune distinction dans le projet proposé au vote du Parlement. Certains parlementaires purent ainsi faire ajouter la nécessité d'une stricte proportionnalité s'agissant de la légitime défense des biens, excluant par là même le caractère justificatif d'un homicide dans un tel cas de figure. A l'appui de ces remarques, les travaux de certains auteurs furent cités en référence. La distinction peut être utile pour le juge. Mais cette définition serait, selon Messieurs Merle et Vitu, pourvue d'« *une lourdeur condamnable* »¹⁹⁷...

La doctrine s'est dotée avec le Code de 1992 d'un nouvel outil de recherches et d'interventions. Les Professeurs Conte et Maistre du Chambon se demandent en reprenant un mot de Planiol « *si, en 1994, notre pays n'a pas remplacé des difficultés identifiées et, pour la plupart, résolues, par d'autres qu'il ignore encore* »¹⁹⁸.

Parfois, les auteurs n'attendent pas que le pouvoir en place leur donne l'occasion de s'exprimer ; ils interviennent par eux-mêmes.

¹⁹⁷ *Traité de droit criminel*, tome I, n°457, p. 579.

¹⁹⁸ *Droit pénal général*, Armand Colin, 2004, p. 9.

B. L'influence des auteurs et des mouvements doctrinaux

L'influence des mouvements doctrinaux. S'ils ne sont pas « *la* doctrine » mais « *des* doctrines », ces mouvements n'en sont pas moins composés en grande majorité d'auteurs. Ainsi, les conceptions du droit tenues par les divers membres de ces doctrines purent influencer le droit pénal en profondeur, notamment grâce à l'étroite relation nouée entre leurs partisans, c'est-à-dire entre juristes concepteurs et politiques détenteurs du pouvoir de décision. A titre d'exemple, retenons celui de l'École de la défense sociale nouvelle et de son influence effective en droit positif¹⁹⁹.

Le choix de cette école de pensée n'est pas anodin : elle fut tout d'abord l'instigatrice d'une remise en cause importante de certains fondements classiques du droit pénal ; elle eut ensuite des conséquences notables sur la législation, tout en restant la plus critiquée des doctrines pénales par des auteurs dont la famille nucléaire, l'Union internationale de droit pénal, reste d'inspiration néo-classique. Elle semble enfin avoir disparu, remplacée par un courant dit « de défense des droits de l'homme ».

La défense sociale nouvelle souhaitait privilégier l'adaptation et la resocialisation du délinquant en instaurant une véritable « pédagogie de la responsabilité »²⁰⁰. Il n'est pas ici question de présenter cette doctrine – un ouvrage seul n'y suffirait pas –, mais simplement d'entrevoir certaines des conséquences de ces idées sur le droit positif.

Toute une pénologie spécifique s'est ainsi développée en droit français, alternative à l'emprisonnement : travaux d'intérêt général par exemple, ou encore peine de jour-amende. Parallèlement, l'exécution des peines prit de plus en plus de place au sein de notre droit positif, et ce dès le vote d'un livre cinquième concernant « les procédures d'exécution » dans le Code de procédure pénale en 1958 et créant un juge de l'application des peines, jusqu'à l'instauration récente d'un véritable double degré de

¹⁹⁹ V. par exemple R. GASSIN, « L'influence du mouvement de défense sociale sur le droit pénal français contemporain », *Mélanges Ancel*, tome II, p. 3 et s.

²⁰⁰ MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, tome I, n°85 et s., p. 134 et s.

juridictions d'exécution des peines dans la loi dite « Perben II »²⁰¹. Nous ne serons pas exhaustif et nous arrêterons donc là cette présentation des apports dus à la défense sociale nouvelle, la pénologie restant de toute évidence son domaine d'influence privilégié.

Bien que différents auteurs aient pu adhérer à cette doctrine *pénale*, dont des criminologues en nombre, des praticiens et des hommes politiques, on ne peut s'empêcher de se demander si elle ne fut pas en réalité la doctrine d'un seul homme, et ainsi si elle ne fut pas également, et plus simplement, doctrine *pénaliste*. Le décès de son « chef d'école » en 1990, Marc Ancel, n'a en effet pas provoqué l'élection d'un continuateur officiel. La doctrine semble en perte de souffle, le droit français s'attachant, dès le Code pénal de 1992, à plus de répression. Mais l'idéal sécuritaire semble désormais l'emporter sur la resocialisation de l'individu. Est-ce là une éclipse, ou la fin de l'influence d'un homme et de sa doctrine ? L'avenir seul répondra.

Les professeurs de droit pénal français ont en tout cas toujours adhéré en majorité au courant néo-classique, forts des idéaux qui ont présidé à l'adoption des Codes pénaux de 1791 et 1810. Malgré tout, la pénologie sera marquée à jamais de l'empreinte de cette doctrine, et de cet homme de doctrine.

L'influence d'un seul. La gloire doctrinale est ici, elle conclut logiquement cette courte étude de l'influence de la doctrine sur le législateur. Parfois, un auteur fait la loi, inspire celle-ci à un tel degré qu'elle pourrait presque porter son nom. Laissons de côté Beccaria et Ancel, leur apport étant bien évidemment connu de tous et ayant déjà fait l'objet de quelques développements. Laissons également de côté la difficile comparaison avec le Doyen Carbonnier. Cherchons plutôt les véritables précurseurs d'une loi qui bouleversa la procédure pénale à la fin du XIX^e siècle.

²⁰¹ N'est-il pas dès lors nécessaire de se doter d'un code de l'exécution des peines ? J. MAGNOL, déjà, se demande : « Est-il désirable d'avoir à côté du Code pénal et du Code de procédure pénale, un Code d'exécution des peines ? », *Revue internationale de droit pénal*, 1931, p. 348 et s.

En 1808, le Code d'instruction criminelle oublie de protéger l'inculpé : il n'aura pas accès au dossier individuellement ou par l'intermédiaire d'un défenseur, pas le droit non plus de demander des investigations et un droit très limité d'appel, les droits de la défense étant donc « réduits à l'état de squelette »²⁰². Deux auteurs s'insurgent : Béranger²⁰³, ainsi qu'un avocat du nom de Tougard pour lequel « l'inculpé devrait avoir connaissance des pièces en tout état de cause et devrait être assisté d'un conseil aussitôt qu'il le juge convenable »²⁰⁴. La doctrine officielle est opposée à cette liberté²⁰⁵.

Pourtant, la loi qu'ils ont inspirée – loi du 8 décembre 1897 dite loi « Constans » –, permettant à l'inculpé d'être assisté lors de ses interrogatoires par le juge d'instruction d'un conseil qui a eu accès à son dossier la veille, est adoptée après dix-neuf ans de travaux parlementaires. La doctrine officielle²⁰⁶, d'une composition différente, n'en reste pas moins défavorable à la loi, de même que les membres de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. C'est « un tremblement de terre juridique²⁰⁷ » comme il en existe peu en droit criminel.

Malgré l'interprétation stricte de la loi par la Chambre criminelle – qui pour une fois s'en contente à dessein –, le tremblement de terre se poursuit. L'interprétation est stricte dans un domaine d'assouplissement traditionnel de la rigueur du droit pénal. Tous les auteurs ne sont heureusement pas défavorables à la loi. Ainsi, Roux prône dès 1898 un élargissement du cercle trop restrictif de la réforme²⁰⁸. Il souhaite que le juge étende les solutions dégagées

²⁰² J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.*, 1997, chroniques, 375 et s.

²⁰³ R. BERANGER, *Justice criminelle en France d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*, 1818.

²⁰⁴ M. TOUGARD, « Des vices et des abus de l'instruction criminelle en France et des moyens d'y remédier », 1823, compte rendu par R. MAGISTRAT, *Revue Thémis*, 1824, p. 207 et s.

²⁰⁵ Notamment l'influent Faustin HELIE, favorable au Code de 1808 dans son *Traité de procédure criminelle*, 1866.

²⁰⁶ E. GARÇON, *Revue pénitentiaire*, 1899, p. 25 et s.

²⁰⁷ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 375.

²⁰⁸ Remarques de J.-A. ROUX sous Cass. crim. 12 mars 1898, 16 juin 1898 et 24 décembre 1898, dans *Sirey*, 1899, jurisprudence, p. 297 et s. ; puis sous Cass. crim. 1^{er} septembre 1910 dans *Sirey*, 1910, jurisprudence, p. 421.

à des hypothèses « *simplement omises et non exclues* » par le législateur, faisant remarquer au magistrat qu'« *il n'en est pas des lois de procédure comme des lois pénales proprement dites ; et les premières, à la différence des secondes, peuvent être étendues hors de leurs termes, quand la raison et le bon sens indiquent cette extension* », ce qui est le cas en l'espèce.

Il n'est pas entendu par le juge, mais les futurs articles 205, 283 et 463 du Code de procédure pénale officialiseront sa vision de la loi en brisant notamment la jurisprudence qui excluait les droits de la défense au cours des suppléments d'information. La Chambre criminelle continuera malgré tout d'interpréter strictement lesdits articles, le législateur allant progressivement jusqu'au bout de la logique de Roux, en faisant du mis en examen et du Ministère public deux parties aux droits quasiment équivalents avec les lois des 4 janvier et 24 août 1993, puis celles du 31 décembre 1996 et du 15 juin 2000.

Dans ces réformes, le législateur se confronta souvent au déni de la Cour de cassation, ainsi qu'à l'opposition de l'opinion doctrinale majoritaire ; s'en déduit donc la puissance scientifique de la réflexion de ces auteurs minoritaires qui purent convaincre les élus du peuple par la seule force de leur logique.

Bien souvent, ils purent aussi convaincre et influencer le juge.

Section 2. L'influence sur le juge

Une certaine forme d'influence. « *Constat mélancolique, qui nous invite à l'humilité : la doctrine n'influence pas la jurisprudence* » déclare le Professeur Jean-Denis Bredin²⁰⁹. Constat malgré tout nuancé peu après par l'auteur, l'assertion étant de toute évidence « *trop péremptoire* ».

Pourtant, l'objectif initial du droit pénal moderne, c'est-à-dire essentiellement l'encadrement de l'action du juge, fut décisif dans la manière de se comporter de ce dernier, dans cette humilité qui lui fut imposée, lui permettant ainsi de se laisser influencer par

²⁰⁹ « Remarques sur la doctrine », *Mélanges Pierre Hébrand*, p. 111.

d'autres, et de l'admettre. La doctrine influença le juge pénal essentiellement d'un point de vue pédagogique (§ I), l'influençant même parfois – de façon moins marquée – techniquement (§ II).

Il reste du constat du Professeur Bredin une prudence nécessaire dans les propos à venir, d'autant plus que, comme nous l'avons déjà noté, la Cour de cassation n'est pas très proluxe dans ses motivations. Certains juges ont pu et su malgré tout admettre leurs influences doctrinales. Mais celles-ci restent diverses et difficiles tant à déceler, qu'à classer. Nous ne proposons donc qu'un classement possible parmi d'autres, et réclamons dès à présent l'indulgence du juge si nous avons vu des emprises intellectuelles où elles n'étaient pas.

Un juge-auteur ou un auteur-juge ? Et peut-être est-il également nécessaire de rappeler, en guise de propos liminaires, que, parfois, juge et doctrine ne font qu'un : un juge peut parfaitement rédiger des articles et ouvrages faisant autorité²¹⁰, et un professeur être nommé à la Cour de cassation²¹¹.

§ 1. Une influence pédagogique

De la pédagogie de la construction d'un procès pénal²¹². Comment former le juge ? Premièrement, celui-ci raisonne – ou doit raisonner – de façon syllogistique. L'influence d'Aristote est trop ancienne pour être développée ici, et celle des Facultés sur leurs étudiants futurs praticiens a déjà été abordée. Mais, en droit pénal, le syllogisme s'appuie sur une théorie bien particulière : l'infraction, dont nous avons vu qu'elle n'était pas une donnée naturelle, et ses éléments (A).

Deuxièmement, le juge n'hésite pas non plus à puiser dans le réservoir de formules que lui proposent les auteurs (B). Rappelons

²¹⁰ Faustin HELIE par exemple, ou plus récemment MM F. LE GUNHEC et F. DESPORTES.

²¹¹ J.-A. ROUX par exemple, ou actuellement Madame R. KOERING-JOULIN.

²¹² A distinguer de la pédagogie du procès pénal en soi, qui concerne quant à elle les *justiciables*.

une fois encore que le droit est *auss*²¹³ un système de communication²¹⁴, chaque mot ayant un sens bien précis qui n'est pas nécessairement celui couramment admis²¹⁵. Ainsi, seuls les spécialistes du droit pénal – juges, avocats et auteurs – maîtrisent parfaitement son système linguistique.

A. Un mode de raisonnement propre au procès pénal

Un véritable mode de raisonnement : l'infraction et ses éléments²¹⁶. Dans quel article du Code pénal est-il écrit que l'infraction comporte divers éléments, et que l'absence de l'un de ceux-ci obligera le juge à déclarer qu'il n'y a ni contravention, ni délit, ni crime ? Dans quel article du Code de procédure pénale, code qui régit le procès pénal, est-il écrit que le juge doit, pour reconnaître un prévenu/accusé responsable pénalement, déterminer comme réunis en lui et en ses actes les éléments de l'infraction qu'il aurait commise ?

C'est la doctrine qui, de manière didactique, a enseigné que l'infraction est composée de divers éléments, leur dénomination exacte, voire leur nombre, variant d'un auteur à l'autre. La majorité en voit trois : l'élément légal, l'élément matériel et l'élément intentionnel. Certains y ajoutent un élément injuste, d'autres procèdent à des distinctions plus complexes, analysant l'infraction d'un côté, le délinquant de l'autre. Or le juge s'est laissé encadrer

²¹³ Nous soulignons, car tout un courant de pensée admet que le droit (ne) soit déterminé (que) par la langue : à ce sujet, et sur les rapports entre droit et mots, v. G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 4 et s.

²¹⁴ « *De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu* », Henri CAPITANT, cité par P. MALINVAUD dans les avant-propos du *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., 2005. V. aussi la préface du Doyen G. CORNU, et son ouvrage cité en note 213.

Et v. *supra*, p.63.

²¹⁵ « Doctrine » par exemple : v. l'introduction.

V. également J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, P.U.F., 2001, pp. 238, 239 et 316 et s.

²¹⁶ V. l'article de J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 269 et s.

par cette méthode de raisonnement ; il examine chacune des situations qui lui sont présentées ainsi.

Fruit d'une évolution purement doctrinale débutée dès Muyart de Vouglans, qui distinguait le fait de l'intention dans le crime²¹⁷, le vocable d'« éléments » fut employé pour la première fois par BARRIS, président de la Chambre criminelle de 1806 à 1824, et la notion systématisée par Molinier²¹⁸ en 1851. La théorie se construisit alors et se développa au sein des criminalistes, chacun exposant sa conception propre desdits éléments. Un consensus parut se former autour du nombre de trois dès les travaux de Villey²¹⁹, ce dernier marquant la nécessité d'une loi pénale pour qu'une infraction soit constituée, y intégrant donc implicitement l'élément légal. Mais c'est le traité d'Armand Lainé qui, en 1879, présenta les trois éléments comme un tout²²⁰. Garraud y ajouta l'élément injuste²²¹ ; Cuche distingua l'acte infractionnel du délinquant, chacune de ces doctrines connaissant un succès certain. Et malgré cette diversité, les trois éléments continuent d'être enseignés par la doctrine majoritaire, ceux-ci étant dotés d'un aspect didactique indéniable et irremplaçable.

Ils ne sont pourtant pas irréprochables, de même que chacune des théories présentées quant à l'infraction. L'historique a ici été résumé à outrance, nous nous en excusons. Mais ce n'est pas le sujet exact de cet ouvrage²²². Attachons-nous donc plutôt aux conséquences de cette division de l'infraction sur le juge.

Elle est tout d'abord moyen de distinction et de classement des infractions entre elles. Ainsi, le vol et l'escroquerie ont le même résultat, l'atteinte à la propriété d'un tiers, mais non les mêmes éléments constitutifs. Au stade de la qualification, les éléments jouent déjà leur rôle essentiel.

²¹⁷ *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1790, n°VII, p. 2 et s.

²¹⁸ *Programme du cours de droit criminel*, 1851, II, p. 87 et s.

²¹⁹ *Précis d'un cours de droit criminel*, 1877, p. 62 et 82.

²²⁰ *Traité élémentaire de droit criminel*, 1879.

²²¹ *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, n° 238 et s.

²²² Pour de plus amples détails, J. H. ROBERT, *op. cit.*

Elle est ensuite une véritable méthode de raisonnement, classiquement syllogistique certes, mais purement pénale. Ainsi, si l'un des éléments de l'infraction n'est pas constitué, le juge ne pourra reconnaître la responsabilité de la personne mise en cause. Une fois de plus, cette étape du processus judiciaire n'est pas toujours le fruit de la simple constatation par le juge de la réunion des éléments. Des facteurs perturbateurs entrent en compte, de même que le choix par le juge de sa théorie des éléments de l'infraction influe sur le résultat.

Par exemple, certains mécanismes du droit pénal font prévaloir l'élément moral, telle la tentative, ou encore la complicité. Le commencement d'exécution exigé par l'article 121-5 du Code pénal put ainsi faire l'objet d'analyses diverses tant par la doctrine que par la Cour de cassation, faisant prévaloir selon les cas l'intention irrévocable de l'agent²²³ ou l'univocité de l'acte²²⁴, voire les deux²²⁵... Or selon la conception retenue, la réponse judiciaire est chaque fois différente. Quant à la complicité, certains auteurs s'appuient sur des décisions jurisprudentielles pour affirmer qu'elle nécessite pour être constituée un « fait principal punissable », et donc, semble-t-il, simplement un fait matériel. Pour d'autres, c'est une infraction réunissant les trois éléments qui doit être réalisée. A la lumière de la jurisprudence récente, il semble que la distinction soit plus complexe entre un acte objectivement punissable et un acte ambigu qui nécessite quant à lui une intention forte – un *dol spécial* ? – pour être qualifié²²⁶. L'élément moral n'est qu'un exemple parmi d'autres.

Autre illustration de cette instabilité conceptuelle, le rattachement des causes d'irresponsabilité n'a pas les mêmes conséquences selon qu'il se situe au niveau de l'élément légal ou de l'élément moral. Là encore, le problème concerne la complicité, et

²²³ V. J. DEVEZE, *Rev. sc. crim.*, 1981, p. 777.

²²⁴ V. J. LARGUIER, *Rev. sc. crim.*, 1979, p. 539.

²²⁵ MERLE et VITU, n°497 et s.

²²⁶ V. l'arrêt Cass. crim. 18 juin 2003, *Dr. pén.*, 2004, chroniques, n° 2, p. 4 et s., note V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU. La solution de l'arrêt est peut-être à nuancer, celui-ci concernant l'affaire dite « du sang contaminé » et l'infraction polémique d'empoisonnement. V. aussi la note très éclairante de J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », *JCP*, 1975, I, n° 2720.

notamment la communication ou pas des causes d'irresponsabilité au complice. Si celles-ci se rattachent à l'élément légal – cela semble être le cas des faits justificatifs – il n'y a plus d'infraction, cette dernière ne présentant pas tous ses éléments, et donc pas de complicité non plus. Si c'est de l'élément moral qu'il s'agit, la chose est autrement plus complexe ; il faut encore distinguer. Si l'on retient la théorie de l'infraction aux trois éléments, il n'y a pas d'infraction, et donc pas de complicité. A moins bien sûr de considérer que la complicité ne nécessite qu'un fait principal matériel punissable, nous l'avons vu. Mais si l'élément moral n'est qu'une question de responsabilité ne concernant nullement l'infraction, théorie développée par Cuche, alors seul celui qui réunit les conditions de l'irresponsabilité en profite, et donc pas nécessairement le complice. Le juge ne retient pas une conception unitaire, il jongle entre celles-ci²²⁷. Il existe encore bien d'autres exemples. La complicité, notamment, fait l'objet d'une jurisprudence abondante et contradictoire.

La Chambre criminelle n'a donc pas de jurisprudence claire et ordonnée quant à la façon d'aborder l'infraction, à l'image des auteurs qui ne peuvent parvenir à un consensus dans leurs théories. L'influence doctrinale est certaine, en bon comme en mauvais. Le juge raisonne selon un critère pédagogique fondé qui, sur certains points précis, doit encore être éclairci. Le Code pénal de 1992 n'a d'ailleurs pas facilité les choses en modifiant certaines règles déjà polémiques. La collaboration tacite entre juges et auteurs a conséquemment de beaux jours devant elle...

De manière plus contemporaine, la distinction entre les éléments constitutifs de l'infraction et les conditions préalables de celle-ci – même si cette fois les auteurs s'appuyaient sur le texte de l'article 693²²⁸ du Code de procédure pénale de l'époque, rédaction

²²⁷ V. notamment la jurisprudence concernant les circonstances aggravantes mixtes.

²²⁸ « Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ».

due à Vouin – put être un temps retenue par le juge²²⁹. Mais la formule devint « *dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* » et changea de code de rattachement en 1994, mettant fin à un fondement textuel déjà polémique mais pourtant nécessaire. Les auteurs sont divisés sur la présence de ces conditions. Le Doyen Lombois reproche d'ailleurs au Code pénal de 1992 de ne pas avoir réglé la question²³⁰. Peut-être sera-t-il entendu, d'autant que, parfois, le juge va jusqu'à utiliser les mots mêmes de la doctrine.

B. Des apports linguistiques essentiels

En droit pénal spécial, notamment, certains termes du législateur, difficilement compréhensibles, gagnent à être simplifiés par des formules plus synthétiques voire plus... poétiques. Il ne s'agit pas là d'une interprétation de la loi, le sens de cette dernière ne donnant lieu à aucun doute, mais simplement d'une « vulgarisation » – le mot est peut-être mal choisi – de la formule législative aux fins de pédagogie et de meilleure compréhension de la justice. On demande donc ici à l'auteur de se souvenir de son rôle premier d'enseignant, afin qu'il trouve la formule juste pour faire comprendre au mieux l'interdiction pénale. C'est notamment dans cet exercice qu'excellèrent Garraud et Garçon.

Ainsi, aux termes abscons de l'article 175 du Code pénal de 1810 concernant le délit d'ingérence (désormais « prise illégale d'intérêts par un agent public en activité » ; article 432-12 du Code de 1992), Garçon put préciser qu'était simplement réprimé « *l'exercice concomitant de la qualité de surveillant et de surveillé* », décrivant parfaitement le fait pour un fonctionnaire de prendre ou

²²⁹ N'est pas « un acte caractérisant un élément constitutif » du délit de non-représentation d'enfant de l'article 357 (ancien) du Code pénal un jugement attribuant la garde des enfants à une personne divorcée : Cass. crim. 27 octobre 1966, *Bull. crim.* n°244, *Rev. sc. crim.*, 1967, p. 439 et s., observations LEGAL ; *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 739 et s., note A. DECOCQ. Condition préalable en ce cas ?

V. aussi Cass. crim. 12 février 1979, *Rev. sc. crim.*, 1980, p. 417 et s., observations J. LARGUIER.

²³⁰ *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p. 71.

recevoir un intérêt dans une affaire dont il a la surveillance. Plus actuellement, dans l'affaire dite « du sang contaminé », l'avocat général retint une formule du Professeur Mayaud dans son avis présenté à la Cour – « le crime d'empoisonnement relève d'une logique de mort et non d'une logique de risques »²³¹ – marquant bien ainsi la distinction entre l'administration volontaire d'une substance dont on connaît le pouvoir mortel et l'administration volontaire d'une substance dont on sait qu'elle présente un risque mortel²³². La lecture attentive des arrêts, de même que l'accès parfois accordé aux avis des avocats généraux et aux rapports des conseillers, permet de révéler une réelle et récurrente influence doctrinale dans leur formulation.

L'ajustement au discours doctrinal. En droit des peines, les auteurs aiment à distinguer, didactiquement, les peines proprement dites des mesures de sûreté. Or, le législateur n'a jamais réellement confirmé – ni infirmé – ce choix de vocabulaire. La Chambre criminelle a, quant à elle, décidé d'employer le terme dans un arrêt du 26 novembre 1997²³³, faisant ainsi pénétrer la distinction doctrinale au sein du droit positif, et mettant dès lors fin à une instabilité chronique concernant cette notion²³⁴. En effet, la Cour appliquait un régime dérogatoire à des sanctions qui ne possédaient pas tous les caractères d'une peine, tout en dotant celles-ci de dénominations variables, et donc instables : « mesure de police et de sûreté », « mesure de police ou de sécurité publique »... Cette distinction, bien réelle, était proclamée depuis le XIX^e siècle par les criminalistes, ces derniers s'appuyant d'ailleurs à l'origine sur un arrêt de la Chambre criminelle²³⁵ elle-même. Il semble donc que la Cour ait souhaité, par cet arrêt de 1997,

²³¹ « L'empoisonnement, une logique de mort », *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 347.

²³² Cass. crim. 18 juin 2003, avis de D. COMMARET, avocat général, p.9, *courdecassation.fr*.

²³³ D., 1998, jurisprudence, p. 497.

²³⁴ J.-H. ROBERT, « L'instabilité des décisions jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », *Mélanges Larguier*.

²³⁵ Cass. crim. 23 septembre 1837 par exemple dans R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 2, 2^e éd., 1888, p. 279.

V. aussi J. MAGNOL, « Les mesures de sûreté dans le projet de révision du Code pénal français », *L'Égypte contemporaine*, 1938, p. 293 et s.

n'opérer qu'un simple ajustement de vocabulaire sur le discours doctrinal. Malgré tout, elle retient une règle essentielle attachée à la fonction préventive de ces mesures, à savoir leur application immédiate. Elles sont donc rétroactives, dérogeant ainsi à une des conséquences traditionnelles du principe de légalité. Si la notion n'est pas nouvelle, de même que les conséquences de sa mise en œuvre, elle possède désormais un fondement clair. Et à travers le choix de ces quelques mots se diffuse déjà, en filigrane, une véritable influence technique.

§ 2. Une influence technique

Une doctrine humble et un juge « peu bavard ». Dans les arrêts publiés, il ne figure jamais dans les motifs le nom d'un auteur pourtant à l'origine d'un raisonnement ou d'une définition. Dans les manuels, il ne figure jamais de grande revendication d'un quelconque rôle joué lors d'une décision rendue. Cependant, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence est indéniable, qu'elle soit directement constatable (A), ou qu'un examen poussé du processus décisionnel s'impose (B).

A. Une influence directe

Une influence dans l'interprétation de la loi. Une fois de plus, l'un des domaines privilégiés d'intervention doctrinale reste le droit pénal spécial. Cette matière est sujette à de constantes évolutions – ne suit-elle pas le mouvement de la criminalité ? – et, ainsi, à de nouvelles dispositions devant s'insérer harmonieusement dans un contexte préétabli de normes. Les interpréter par rapport à ce contexte est indispensable, mais cela demande du temps et de la mémoire, facultés essentiellement doctrinales.

L'exemple le plus frappant se situe en droit pénal des affaires, droit en plein essor sous l'impulsion des médias et des mésaventures récentes de chefs d'entreprise et d'hommes politiques : l'année 1997 ne fut-elle pas annoncée comme celle des abus de biens sociaux ? Dès lors, la Chambre criminelle a eu recours aux outils fournis par la doctrine pour interpréter de vieux textes ayant désormais vocation à s'appliquer (le délit d'ingérence existe depuis

le Code de 1810), ou pour mieux comprendre des textes récents et déclaratifs²³⁶, adoptés par réaction du législateur à un comportement désormais rejeté par l'opinion publique. Les pages du *jurisclasser pénal* rédigées par le Professeur Vitu sont ainsi souvent visitées et légèrement remaniées par un juge en définitive peu soucieux de cacher ses influences. Ainsi, pour l'article 432-11 du Code pénal, l'expression « *chargé d'une mission de service public* » englobe selon l'auteur tous les salariés des administrations privées soumises à la surveillance ou à la direction des pouvoirs publics. Un autre auteur, Monsieur Segonds, fait remarquer que la formule retenue dans un arrêt récent de la Chambre criminelle²³⁷ en est très proche : « *Pour être chargée d'une mission de service public, que la personne, sans disposer de pouvoirs qui lui seraient conférés en vertu d'une délégation de la puissance publique, soit cependant chargée même à titre temporaire, d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes qui ont pour but de satisfaire à un intérêt général* ».

Garraud et Garçon doivent, une fois de plus, être cités pour leur apport en la matière. Nous ne ferons ici que renvoyer à nos précédents développements sur leurs travaux et sur l'utilisation de ceux-ci par le juge. Citons simplement l'exemple d'un texte peu employé et ressorti récemment des abîmes du droit pénal : le Tribunal de grande instance de Caen fit ainsi un retour à peine dissimulé à l'œuvre de Garçon dans un arrêt de condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation de mauvais traitements et d'atteintes sexuelles : « *Compte tenu de sa personnalité, de sa formation et également de sa fonction* », l'évêque s'est trouvé confronté « *à une situation qu'il a mal maîtrisée* »²³⁸. Cette appréciation *in concreto* de l'intention est conforme à l'approche de la responsabilité prônée par Garçon. Le juge semble d'ailleurs prendre le même chemin

²³⁶ Sur la fonction déclarative de la loi pénale : v. C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 194 et s.

²³⁷ Cass. crim. 19 mars 2003, *D.*, 2004, sommaires commentés de droit pénal, p. 315.

²³⁸ TGI Caen, 4 septembre 2001, *D.*, 2001, doctrine, p. 3454., note d'Y. MAYAUD.

dans son appréciation d'autres infractions, plus classiques, tel le vol²³⁹.

Une intervention complémentaire à la loi. Le législateur peut parfois déterminer une infraction sans en définir les termes précisément, ces derniers étant pourtant essentiels à la mise en œuvre du texte. Le juge se voit ainsi contraint au rôle de législateur de complément, afin surtout de ne pas laisser tomber en désuétude un texte important. Et pour cela, il trouve souvent son inspiration dans les ouvrages des auteurs pénalistes.

Ainsi, la définition des crimes contre l'humanité, absente de l'ancien Code pénal qui se contente de les déclarer imprescriptibles, dut être établie par le juge en 1975 dans son arrêt « *Touvier* »²⁴⁰. L'arrêt apporta divers éclaircissements, sans doute puisés dans la « Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'humanité » rédigée par Jacques-Bernard Herzog en 1947²⁴¹.

La loi du 26 décembre 1964, déclarant les crimes contre l'humanité imprescriptibles, renvoyait en effet à la définition donnée par le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui ne distinguait pas clairement les crimes contre l'humanité des crimes de guerre. Or, ces derniers se prescrivaient quant à eux par dix ans, la nécessité de la distinction étant posée par les défenseurs de Touvier qui invoquaient l'acquisition de cette prescription. La Chambre criminelle affirma l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité, celui-ci étant alors défini comme un « *crime de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés par le texte international qui les définit* ».

Or, Herzog avait écrit notamment qu'« *il n'est pas douteux [...] que le crime contre l'humanité présente une individualité propre* », reconnaissant déjà là son autonomie. Puis, il ajoutait que le crime contre l'humanité, comme le crime de guerre, semblait n'être « *autre chose qu'une infraction de droit commun* », « *l'élément matériel du crime contre*

²³⁹ V. la jurisprudence relative à la photocopie aux fins de défense contentieuse de documents appartenant à l'entreprise par le salarié mis en cause.

²⁴⁰ Cass. crim. 6 février 1975, *Bull.crim.*, 1975, p114.

²⁴¹ *Revue internationale de droit pénal*, 1947, p. 155.

l'humanité ne présent(ant) aucun caractère spécifique ». Mais « *il n'est pas douteux qu'ils tirent en partie leur définition légale des réglementations internationales* ». Et « *le crime contre l'humanité se présente donc comme une infraction de droit commun commise en exécution de la politique de l'Etat* », « *ce n'est pas un crime de droit commun ordinaire parce que le mobile de son auteur influe sur sa qualification légale* ». En conclusion de sa note, Herzog offrait la définition à la Cour de cassation : « *c'est un crime de droit commun, mais il présente des caractéristiques particulières : c'est une infraction commise en conformité de la politique criminelle de l'Etat ; les circonstances de son exécution sont spécifiques ; ses auteurs obéissent à un mobile particulier qui doit entrer dans la qualification du délit* ». L'influence est ici aisément repérable ; ce n'est pas toujours le cas.

B. Une influence indirecte

Une influence plus diffuse. Les avis des avocats généraux jouent un rôle important dans la décision rendue par le juge de cassation. A tel point qu'ils attirent la suspicion du juge européen depuis quelque temps²⁴². Rarement (trop rarement ?) publiés, ces avis représentent l'interprétation du droit positif proposée par le membre du Ministère public, de même que la solution qui serait la plus conforme à la perpétuation de l'unité de ce droit. Or, ces quelques pages recèlent bien souvent des allusions explicites aux auteurs de référence en droit pénal, voire parfois de véritables emprunts. Nous avons déjà pu évoquer le rôle et les influences de Madame l'avocat général Commaret dans la dernière décision concernant l'affaire du sang contaminé²⁴³.

Un autre magistrat qui pèse sur la décision rendue par la Chambre criminelle est le conseiller-rapporteur, appelé ainsi car il est chargé d'établir un rapport sur la décision, ce dernier contenant notamment un projet d'arrêt qui se trouvera, la plupart du temps, être celui que la Cour publiera. Exemple le plus connu, l'arrêt dit « *Laurent-Atthalin* » rendu par la Chambre criminelle le 8

²⁴² V. les nombreuses notes se rapportant à la conception qu'a la Cour européenne du Ministère public près la Cour de cassation ; par exemple J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », *D.*, 2001, point de vue, p. 932 et s.

²⁴³ V. *supra*, p. 47.

décembre 1906²⁴⁴, et posant que le juge d'instruction saisi en cas de crime par la plainte de la partie civile se trouve dans la même situation que lorsqu'il est saisi par le Ministère public, l'action publique étant subséquemment mise en mouvement. L'apport de cette décision est essentiel pour la procédure pénale. Et l'arrêt doit tant au conseiller-rapporteur qu'il porte son nom, son rapport ayant quant à lui exposé toutes les grandes opinions doctrinales exprimées sur le sujet²⁴⁵.

A cette époque, la jurisprudence est incertaine ; il est dès lors important de mettre fin à cette instabilité par un arrêt de principe. Ce jour-là, les écrits du conseiller convainquent tant par le style que par l'exposé d'une parfaite érudition juridique. A l'appui de son argumentaire, le magistrat cite notamment des passages choisis des œuvres de Faustin Hélie et d'Ortolan. Il regroupe dans un paragraphe fort deux arguments essentiels, tant sur le domaine de la pure opportunité, que sur celui de la plus stricte légalité. Ortolan s'empare donc : « *Quelle inconséquence ! En cas de crime, la partie civile ne pourrait pas même saisir une juridiction d'instruction ! Elle serait soumise, tandis qu'elle demande réparation d'un fait bien plus grave, à un pouvoir discrétionnaire qui, sans lui donner aucun acte de refus, aucune indication de motifs, et sans contrôle judiciaire, pourrait lui fermer même l'accès au juge. Telle n'est pas en réalité notre loi !* »²⁴⁶. Faustin Hélie, plus posément, reprend les dispositions du Code d'instruction criminelle : « *Cette règle (que le ministère public, lorsque le plaignant se constitue partie civile, ne peut paralyser son action) n'est-elle pas écrite dans toutes les dispositions du code ? N'est-elle pas écrite dans l'article 135, qui reconnaît à l'opposition de la partie civile le pouvoir de transporter l'action publique tout entière devant la chambre d'accusation ? N'est-elle pas écrite dans l'article 217, qui provoque cette partie à fournir ses preuves quand il ne s'agit que de statuer sur l'action publique ; dans les articles 315 et 321 qui lui donnent le droit de produire des témoins à l'audience ; dans l'article 330 qui l'autorise à requérir l'arrestation d'un témoin suspect de faux témoignage ; dans l'article 331 qui lui permet de*

²⁴⁴ Sirey, 1907, I, p. 207 et s.

²⁴⁵ Pour la genèse et les conséquences de l'arrêt, v. J. BROUCHOT, « L'arrêt Laurent-Atthalin, sa genèse et ses conséquences », *Mélanges M Patin*, p. 419 et s., et J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, n°7, p. 82 et s.

²⁴⁶ *Éléments de droit pénal*, tome II, p. 489, n° 2191.

*demander le renvoi de l'affaire à une autre session ; dans les articles 317, 319, 335, qui déclarent qu'elle peut interpellier les témoins, prendre part aux débats, plaider la cause de l'accusation, répliquer à l'accusé ?*²⁴⁷. Comment ne pas convaincre la Cour avec de tels avocats ?

La fin d'une controverse. Peu fréquents et d'importance relative, les revirements de jurisprudence sont bien souvent le produit d'un dialogue entre juge et doctrine. Outre les fameuses controverses Garraud-Garçon susvisées, le droit pénal spécial – toujours – offre aux auteurs un champ privilégié de discussion. Le juge seul peut y mettre fin par un arrêt de principe, fixant définitivement sa jurisprudence sur un point de droit donné. Mais il ne cite jamais à l'appui de cette décision les éventuelles opinions doctrinales qui l'ont influencé, ou encore celles contre lesquelles il a décidé de réagir en les écartant solennellement du droit positif. Et parfois, plus rarement, l'objet de la controverse se situe au sein même du droit pénal général.

Récemment, la complicité fut au centre d'opinions de toutes sortes. Savoir tout d'abord s'il fallait un fait principal punissable ou une infraction principale punissable, voire même un fait principal objectivement punissable ; nous avons déjà abordé ce sujet : la dernière jurisprudence semble retenir la thèse du fait principal objectivement punissable, l'absence de ce dernier pouvant être compensée par une intention fortement marquée dans la réalisation de ce fait. La Chambre criminelle a fixé cette jurisprudence dans deux arrêts importants²⁴⁸ commentés par de nombreux auteurs, ces derniers ayant au préalable fait connaître leur point de vue. Dans ce contexte, comment ne pas entrevoir dans cette position de la Cour une réaction aux écrits doctrinaux ?

Autre problème concernant la complicité : savoir, par exemple, ce que signifie exactement la provocation par « ordre »

²⁴⁷ *Instruction criminelle*, tome I, p. 549 et s.

²⁴⁸ Cass. crim. 8 janvier 2003, *JCP*, 2003, II, 10159, p. 1787 et s., note W. JEANDIDIER ; *D.*, 2003, jurisprudence, p. 2661 et s., note GARÇON, *D.*, 2003, sommaires commentés de droit pénal, p. 310 et s., note B. DE LAMY ; et Cass. crim. 18 juin 2003, *JCP*, 2003, II, 10121, p. 1370 et s., note M.-L. RASSAT ; *Dr. pén.*, 2004, chronique, n° 2, p. 4 et s., note V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU.

telle qu'issue du Code pénal de 1992. En quoi diffère-t-elle de la provocation par « abus d'autorité ou de pouvoir » ? Un arrêt rendu le 18 mars 2003 par la Chambre criminelle se contente d'approuver une Cour d'appel pour qui les propos tenus par un passager à son conducteur « ont constitué un ordre ». Or il n'existe aucun rapport hiérarchique entre complice et auteur, la Cour semblant accrédi-ter la thèse de Monsieur Robert pour lequel « l'ordre visé par l'article 121-7 se distingue de l'abus d'autorité en ce qu'il émane d'un complice qui, dépourvu de tout pouvoir juridique sur l'auteur principal, a su s'imposer par la puissance de son caractère ou l'éclat de ses talents »²⁴⁹. Mais la Cour n'ayant pas réellement motivé sa décision, l'interprétation de l'article 121-7 peut encore prêter à contro-verses, de nombreux auteurs s'appuyant sur la jurisprudence antérieure de la Chambre criminelle pour faire du rapport hiérar-chique l'une des conditions de l'ordre donné²⁵⁰. A la Cour de trancher dans un arrêt de principe.

Une influence difficile à revendiquer. Il faut malgré tout reconnaître que la plupart du temps, la jurisprudence ne respecte pas l'opinion doctrinale. Ainsi, pour l'état de nécessité, la Cour de cassation s'obstine à exiger l'absence de faute antérieure par l'agent, exigence qui ne figure ni dans le Code pénal, ni dans l'interprétation logique de ce code. Pour l'erreur de droit, si juges et auteurs ont lutté de concert afin que soit consacrée son exis-tence par la loi, ledit juge n'en garde pas moins sa conception restrictive et l'accorde au compte-gouttes.

Mais refuser de reconnaître à la doctrine toute influence relève d'un positivisme acharné et aveugle. Elle est tout simplement difficile à mettre en lumière, l'auteur ne l'ayant la plupart du temps pas revendiquée – c'est tout à son honneur – et le juge ne l'ayant pas annoncée. Ces affirmations sont bien évidemment à nuancer, certains auteurs proclamant haut et fort l'influence de leurs col-lègues sur une loi ou une décision, et certains juges révélant avec plaisir leur lecture assidue des productions doctrinales. Et c'est un

²⁴⁹ *Droit pénal général*, p. 340 (dans 5^e éd., 2001) ; passage cité par B. DE LAMY dans *D.*, 2004, sommaires commentés, p. 312.

²⁵⁰ Par exemple : Cass. crim. 6 juin 2000, *Dr. pén.*, 2000, commentaire n° 54, note M. VERON ; *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 827, observations de Y. MAYAUD.

poncif de préciser que les non-dits ne révèlent parfois qu'une pratique avérée, acceptée par tous, et donc pas vraiment influencée par tel ou tel. Mais il reste que cette frustration de ne pas toujours être entendue, voire simplement écoutée, put être l'un des facteurs qui conduisit la doctrine à faire évoluer son rôle au sein du droit pénal.

Regardant le futur, ou constatant simplement l'évolution du droit qu'elle commente, la doctrine pénaliste dut comme tout autre s'adapter à de nouvelles normes en vigueur, et tenter de conserver, malgré ces changements, un rôle de prédiction.

Chapitre 2

Les prédictions doctrinales sur l'évolution du droit pénal²⁵¹

Un droit pénal évolutif. La société évolue, or le droit est consubstantiel à la société et évolue donc avec elle. Le droit pénal, plus que tout autre, reflète par son rapport étroit avec les libertés, les idées et les priorités d'une communauté humaine donnée. Cette évolution put être abordée, déjà, à travers le rôle de la jurisprudence, si lié à celui de la doctrine²⁵². D'autres évolutions sont plus contemporaines. La mondialisation ne se construit pas sans répercussion sur le droit pénal. Ainsi, de nouvelles normes apparaissent, offrant à la doctrine de nouveaux domaines d'intervention (Section I).

Face à ces nouveaux domaines, de même que face à la mutation constante de son terrain d'intervention traditionnel, le droit pénal interne, et à l'apparition de nouvelles difficultés – technicité et instabilité des normes –, la doctrine pénaliste connaît peut-être davantage d'embarras pour prévoir les évolutions de son droit (Section II).

²⁵¹ Le titre est emprunté à la contribution de N. MOLFESSIS aux *Mélanges F. Terré* : « Les prédictions doctrinales », p. 141 et s.

²⁵² V. *supra*, p. 42.

Section 1. Les nouveaux domaines d'intervention de la doctrine

La mondialisation du droit pénal. Le droit pénal, lié historiquement au territoire et aux frontières, doit s'adapter à la disparition de ces frontières et à l'apparition de valeurs communes à tous les peuples, de par leur caractère fondamental. La fin de cette « *plaisante justice qu'une rivière borne*²⁵³ » semble s'annoncer. Elle a encore de beaux jours devant elle, mais un pont est construit depuis 1974²⁵⁴, pont qui s'élargit en raison de ses arpenteurs, de plus en plus nombreux. L'Europe a son droit propre, or la France est une part intégrée de cette Europe. D'autant que ce nouveau droit se construit parallèlement à l'évolution, en droit interne, de la protection des libertés, notamment par l'intermédiaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (§ I).

Mais l'internationalisation sans cesse accrue du droit pénal ne s'arrête pas aux frontières d'un continent. Et ce phénomène universel change sans doute le visage d'un droit emprunt de souverainisme (§ II).

§ 1. La matière pénale et les droits fondamentaux

Liberté(s) et droits. Fondamentalement, trois types de normes protègent désormais les citoyens contre l'abus de pouvoir éventuel des autorités : les règles légales, contenues généralement dans le Code de procédure pénale (et la jurisprudence qui s'en dégage), les règles constitutionnelles issues du bloc de constitutionnalité et mises en lumière par les décisions du Conseil constitutionnel (B), et les règles européennes issues de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précisées par le juge européen (A). La doctrine pénaliste ne peut échapper à l'étude de ces normes, tant

²⁵³ B. PASCAL, *Pensées*, 1670, fragment 298 de l'Ed. Brunshvicg, Classiques Hachette, p. 470.

²⁵⁴ Le 3 mai 1974, la France a ratifié la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Elle a ratifié le protocole reconnaissant le droit au recours individuel le 2 octobre 1981.

par l'importance pratique de celles-ci, que par la quantité de droit produit.

A. L'influence du droit européen sur le droit pénal

Le droit communautaire. D'applicabilité directe, le droit communautaire fait naître des droits et des obligations sur les Etats membres de l'Union européenne, de même que sur leurs habitants. Respectant les grands principes répressifs, ce droit ne comporte que quelques dispositions intéressant directement le droit pénal, notamment dans les matières fortement réglementées comme le domaine de la fraude, des prix ou encore de la sécurité du travail. Il s'impose sur le droit interne français en application de l'article 55 de la Constitution de 1958.

Ce droit n'a pas toujours intéressé les pénalistes. Et le mécanisme de l'exception préjudicielle, qui permet aux cours internes de recourir à la Cour de Justice des Communautés Européennes en cas d'analyses divergentes des règles communautaires, postule une unité d'interprétation peu favorable au travail doctrinal. Mais l'importance du droit communautaire va en s'accroissant, ses incursions dans la matière pénale étant désormais récurrentes et nécessitant, si ce n'est une interprétation, une présentation plus claire et plus accessible²⁵⁵. Peut-être un jour concurrencera-t-il le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'influence sur le droit interne n'est plus à démontrer.

L'élargissement des normes de référence. L'irruption des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en 1974 fut l'occasion d'une grande relecture prospective de notre droit interne. C'est en procédure pénale, notamment, que le bouleversement fut de grande ampleur. Nouvelles normes de référence, nouvelle jurisprudence, nouveaux droits d'où nouvelle doctrine. Or, selon le Doyen Carbonnier déjà, « *le domaine où la doctrine a le*

²⁵⁵ Pour un exemple récent, v. C.J.C.E., Grande chambre, 13 septembre 2005, *D.*, 2005, jurisprudence, p. 3064 et s., note P.-Y. MONJAL, qui pose un problème très technique de compétence pénale communautaire.

*plus d'influence est celui où il n'y a pas encore de jurisprudence formée*²⁵⁶. L'enchevêtrement des normes de référence intervenant toutes sur un même domaine nécessita que des critères soient dégagés, qu'un nouveau système cohérent soit mis en oeuvre. Préalable essentiel, il fallut connaître ces nouvelles normes et leur donner un sens, d'où l'apparition de cours spécialisés au sein des Universités, ainsi que de nombreux ouvrages et articles au sein des revues juridiques. Les pénalistes furent de ces professeurs et auteurs spécialistes.

Seconde intervention, il fallut pour les auteurs définir ou simplement constater quelles normes devaient s'imposer lorsque celles-ci avaient un domaine commun. Le problème se posa de manière assidue avec l'adoption en 2000 d'un article préliminaire du Code de procédure pénale, ce dernier reprenant fondamentalement les grands principes posés par la Convention européenne. Était-il plus opportun pour le juge de continuer de se référer à ladite Convention ou à l'article récemment voté ?

Il semble que la Cour de cassation hésite toujours entre l'autorité du droit européen et la volonté de ne pas délaisser les articles internes. La solution est la même, mais les conséquences de ce choix sont fondamentales quant à l'avenir du droit pénal. Face à cela, certains auteurs misent sur l'absorption du droit pénal par le droit européen, là où d'autres tentent de convaincre de l'importance de garder un droit répressif propre. Il faut malgré tout constater que les manuels tant de droit pénal général que de procédure pénale comportent tous, désormais, de nombreuses références à la jurisprudence européenne, ce choix étant lourd de signification sur leur vision de l'avenir.

Le droit interne fait ainsi l'objet d'une constante relecture aux yeux de nouvelles normes, donnant par là même l'occasion à la doctrine tant de s'appuyer sur lesdites normes pour étayer ou renforcer leurs théories, que d'avoir une vision prospective sur l'évolution du droit interne à la lumière de ces nouvelles règles. Cette vision est une fois de plus essentielle, car elle peut permettre

²⁵⁶ *Introduction générale au droit civil*, Quadriège, P.U.F., 1^e éd., 2004, volume I (texte de la 27^e éd. de l'introduction), p. 287.

à la France d'éviter d'éventuelles condamnations pour non-conformité de son droit. Il est vrai qu'être condamné pour torture au XXI^e siècle n'est pas très glorieux pour le pays des droits de l'homme²⁵⁷. Malgré tout, il faut bien reconnaître que, pour l'instant, la doctrine déplore plus les trop nombreuses condamnations de la France qu'elle ne les lui fait éviter²⁵⁸.

L'élargissement du domaine d'interprétation : la matière pénale. De nouvelles normes de référence créent un droit inédit à interpréter pour la doctrine. Aux règles conventionnelles s'ajoutent plusieurs jurisprudences d'un type nouveau. Tout d'abord, la jurisprudence même des juridictions internes se doit d'être interprétée une nouvelle fois, en référence à de nouvelles normes. Ensuite, la jurisprudence de la Cour européenne elle-même suscite l'intérêt des commentateurs par son statut privilégié de réelle source du droit, intégrée tout autant que les règles conventionnelles dans une « matière pénale » obligatoire pour les Etats signataires. D'où un champ de réflexion complètement renouvelé pour les pénalistes.

En premier lieu donc, certaines solutions jurisprudentielles conformes au droit interne vont pouvoir – ont déjà pu – changer pour se conformer au droit européen, l'intervention d'une loi étant parfois même nécessaire. Les exemples de ces évolutions sont déjà nombreux, tant en droit pénal de fond qu'en droit processuel. D'applicabilité directe, la Convention est invoquée par des requérants à l'appui de leur pourvoi, ces derniers contribuant par là même à la création de ce nouveau matériau de recherche doctrinale. Pour ne citer que quelques exemples, la France put être condamnée pour méconnaissance de la non-rétroactivité des lois plus sévères dans l'application immédiate de délais de contrainte

²⁵⁷ V. par exemple l'affaire « *Rivas contre France* » du 1^{er} avril 2004, requête n°59584/00.

²⁵⁸ V. les nombreuses notes reprochant à la France de ne pas se conformer au droit européen. Par exemple, J.-P. MARGUENAUD, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.*, 2000, chroniques, p. 249 et s.

par corps plus longs²⁵⁹. Egalement, la jurisprudence de la Chambre criminelle en matière de contumace fut condamnée, le droit d'exercer un recours et de bénéficier de garanties procédurales persistant même si l'intéressé se soustrait à l'action de la justice²⁶⁰. Enfin, une condamnation en matière d'écoutes téléphoniques amena la France à adopter une loi pour se conformer au droit européen²⁶¹, et démontra paradoxalement que la jurisprudence était pour le juge européen une véritable source du droit²⁶².

En second lieu, le statut de chaque norme, le rapport qu'elles entretiennent, doit faire l'objet d'un nouveau paradigme, plus conforme au nouveau rôle joué par chacune d'entre elles. Ainsi, l'ordre européen proclame formellement l'évolution opérée en droit interne depuis le milieu du XIX^e siècle en dotant la jurisprudence d'un statut équivalent à celui des normes écrites. Il ne s'agit bien entendu que de la jurisprudence européenne, mais pourquoi ne pas y voir un signe de l'avenir du droit pénal français ? Il faudra pour cela faire évoluer le traditionnel principe de légalité.

Vers un nouveau principe de légalité ? Pilier traditionnel du droit pénal, le principe de légalité n'en doit pas moins s'adapter à l'évolution de ce droit.

L'arrêt « *Radio France contre France* » du 30 mars 2004 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme²⁶³ étendit une fois de plus les normes de référence, offrant par là même une conception très innovante du principe de légalité. Fort d'une vision déjà souple du principe, incorporant notamment la jurisprudence européenne au sein de la « matière pénale », la Cour européenne intègre cette fois une analyse doctrinale – minoritaire de surcroît –

²⁵⁹ C'est l'affaire qui donna lieu au célèbre arrêt « *Jamil contre France* » du 8 juin 1995. V. notamment *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 471 et s., note R. KOERING-JOULIN.

²⁶⁰ « *Poirinot contre France* », 23 novembre 1993, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 391 et s., note F. MASSIAS.

La loi « Perben II » a abrogé la procédure de contumace.

²⁶¹ La loi du 10 juillet 1991, suite aux affaires « *Kruslin et Huvig contre France* » du 26 avril 1990, *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 615 et s., note L.-E. PETITTI.

²⁶² Formalisant ainsi l'opinion de la doctrine : v. *supra*, p. 42 et p. 71.

Sur la décision, v. R. KOERING-JOULIN, *D.*, 1990, chronique, p. 187 et s.

²⁶³ *D.*, 2004, informations rapides, p. 1212.

parmi ses normes de référence, en posant dans un considérant que « l'article 7 de la Convention ne proscrit pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible ». La « clarification graduelle » semble déjà en soi une évolution notable du principe de légalité. Mais l'impératif de la cohérence s'imposant et faisant ici autorité, qui de l'auteur ou du juge est le mieux placé pour proposer l'analyse la plus juste, la plus travaillée ? En l'espèce, la Cour retient l'opinion de « la doctrine spécialisée » proposée par les requérants, en posant que la fixation préalable d'un message au sens de l'article 93-3 de la loi du 20 juillet 1982 est assimilable à son enregistrement et exclut les émissions en direct du champ de cette disposition²⁶⁴. Celle-ci voit donc *explicitement* son analyse se matérialiser en une règle de droit. En droit européen, la doctrine semble être une autorité de référence pour connaître l'état du droit. Le droit constitutionnel, en retrait sur ce point, défend une conception plus traditionnelle des normes.

B. Le « droit constitutionnel pénal »²⁶⁵

Un domaine commun d'intervention : les libertés. Il paraît normal que droit pénal, procédure pénale et droit constitutionnel se rejoignent. Les trois matières interviennent, en effet, dans le domaine sensible des libertés, tendant tant à les protéger que, parfois, à en privilégier une par rapport à l'autre, voire à les écarter au profit de l'ordre public²⁶⁶.

Les échos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont forts en droit pénal. Depuis 1974, la possibilité pour les parlementaires – notamment l'opposition – de recourir au contrôle du

²⁶⁴ Position notamment soutenue par Messieurs J. FRANCILLON et B. DELCROS dans le *Jurisclasser pénal*, annexe V, « communication audiovisuelle ».

²⁶⁵ L'expression est de L. FAVOREU : « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, vers un droit constitutionnel pénal », *Mélanges A. Vitu*, 1989, p. 169.

²⁶⁶ V. D. MAYER, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 439 et s.

Conseil s'exerce logiquement bien plus dans un domaine si politique et potentiellement attentatoire aux libertés. Certains grands principes sont communs aux deux matières, et les normes constitutionnelles peuvent intéresser, tant directement – le corps même du texte constitutionnel contient des dispositions répressives²⁶⁷ – qu'indirectement – en déclarant la valeur supérieure de grands principes et en la faisant respecter par le législateur²⁶⁸ – le juge pénal et la doctrine pénaliste. Malgré tout, certains grands textes répressifs peuvent échapper aux mailles de ce contrôle ; ce fut notamment le cas du Code pénal actuel.

Le rôle des pénalistes. Problème posé par les pénalistes : les normes constitutionnelles ne les intéressent pas directement, le juge pénal ne pouvant les appliquer en déclarant personnellement l'inconstitutionnalité d'une loi. L'intérêt de l'étude de ce droit ne serait donc que théorique pour les auteurs : leur influence sur le juge étant déjà diffuse, que dire d'une influence sur un juge au statut « supérieur », et cela avant même toute application de la loi, le contrôle s'effectuant en France *a priori* ? Cela conduit bien évidemment la majorité des auteurs, notamment Monsieur le Doyen Puech, à proposer que le contrôle soit effectué plutôt par le juge judiciaire, et cela par voie d'exception²⁶⁹.

Mais les conséquences de cette constitutionnalisation des règles pénales sur les auteurs pénalistes sont bien réelles et justifient une littérature conséquente²⁷⁰. Certaines normes acquièrent tout d'abord une valeur incontestable, ne pouvant être ni abrogées

²⁶⁷ L'article 17 de la Constitution de 1958, par exemple, qui accorde un droit de grâce au Président de la République, ou encore les articles 67 et 68, qui organisent la responsabilité pénale de ce dernier.

²⁶⁸ Le principe de légalité criminelle par exemple, dont la valeur constitutionnelle est reconnue par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. V. notamment la décision 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *D.*, 1982, p. 441, note F. DEKEUVER ; ou *AJDA*, 1982, p. 275, note J. RIVERO.

²⁶⁹ V. notamment *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, tome I, observations sur l'arrêt Cass. crim. 11 mai 1833, n°11, p. 55 et s.

²⁷⁰ Outre les notes précitées, v. par exemple L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 711 et s., ou J. PRADEL, « Les principes constitutionnels du procès pénal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14.

ni faire l'objet d'un revirement jurisprudentiel²⁷¹. Elles sont ainsi situées en dehors de toute intervention doctrinale, la doctrine ne pouvant que se borner à constater, sans réellement pouvoir critiquer. La constitutionnalisation de la rétroactivité *in mitius*²⁷² mit, par exemple, fin à toute controverse possible quant au bien fondé de la règle et à son application.

La complexité du travail des pénalistes peut aussi, par le prisme du droit constitutionnel, être mieux perçue, ces derniers ayant toujours considéré que leur droit était (aussi) un droit public²⁷³. Leur aisance dans le maniement de règles à valeur constitutionnelle, souvent des libertés, s'explique par l'habitude du côtoisement d'un droit en constante corrélation avec ces dernières.

Argument déjà développé pour les règles européennes, un œil nouveau est également porté sur le droit positif par l'intervention de ces nouvelles normes de référence.

Enfin, la mise en système du droit pénal peut s'opérer sous la tutelle de ces règles, celles-ci permettant de retrouver une unité perdue par la trop conséquente production législative, en imposant le respect de grands principes intangibles et absolus. Certaines normes deviennent des piliers inattaquables autour desquels gravite tout le droit pénal. Voilà qui peut faciliter le travail doctrinal. Mais un principe traditionnel et déclaré constitutionnel n'en est pas pour autant fermé à toute évolution.

L'évolution interne du principe de légalité. Dans la plupart des ouvrages de droit pénal, on voit en cette évolution un déclin. Ce n'est pourtant pas le cas. Dans sa décision du 2 mars 2004

²⁷¹ Même si le Conseil admet depuis sa décision du 25 janvier 1985 qu'il peut à l'occasion de l'examen d'un texte récent et à certaines conditions revenir sur les dispositions d'un texte antérieur qui n'avait pas été jugé inconstitutionnel.

²⁷² Décision des 19 et 20 janvier 1981, précitée.

²⁷³ V. déjà, F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 1866, p. 7.

concernant la loi dite « Perben II »²⁷⁴, le Conseil constitutionnel semble adopter à son tour une nouvelle conception du principe de légalité, conception empruntée tant à l'évolution passée du droit criminel qu'à son agencement contemporain. La jurisprudence semble tout d'abord reconnue comme faisant partie du domaine d'application du principe de légalité. Il ne s'agit malgré tout pas là d'une rupture avec le passé, la loi étant toujours l'élément essentiel, central, du principe, mais plutôt d'une évolution qui ouvre celui-ci à de nouvelles normes dont la valeur est déjà reconnue par ailleurs. Pourtant, il faut bien reconnaître que la jurisprudence remplira difficilement les conditions de clarté et d'accessibilité imposées aux normes pénales, n'étant pas comme la loi publiée au Journal Officiel. Mais la loi les remplit-elle toujours ? Ne faudrait-il pas dès lors faire appel – comme semble l'avoir fait la Cour Européenne – aux écrits doctrinaux pour que ces conditions soient effectivement remplies ?

Seconde évolution notable : les conventions internationales, quant à elles publiées au J.O, font, semble-t-il, leur apparition au sein du principe. Le Conseil a ainsi pris note d'un phénomène contemporain et en expansion : l'internationalisation du droit pénal. Or la doctrine a joué et continue à jouer un rôle essentiel en ce domaine.

La « fondamentale »²⁷⁵. Une dernière remarque mérite toutefois d'être formulée. Les droits issus tant de la Convention européenne que du bloc de constitutionnalité sont désormais qualifiés de « fondamentaux ». La doctrine s'attache à définir précisément la notion, afin notamment de décider s'il convient de faire une étude autonome de ces droits, et de les regrouper dans un

²⁷⁴ De nombreux commentaires de la loi ont été publiés, revenant bien évidemment sur la décision du Conseil constitutionnel : V. par exemple J. PRADEL, « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité, apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP*, I, doctrine, n°132 p. 821 et s. ; et surtout B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *D.*, 2004, chroniques, p. 1910 et s. et p. 1982 et s.

²⁷⁵ V. par exemple, F. PALAZZO, « Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux », *Rev. sc. crim.*, 2003, p. 709 et s.

droit transcendant les distinctions entre les branches traditionnelles. L'étude de la propriété, droit fondamental, peut ainsi s'opérer non plus de façon indépendante dans les cours de droit civil et de droit pénal (les atteintes aux biens), mais faire l'objet d'un enseignement unique abordant tous ces aspects. L'étude du droit pourrait dès lors être effectuée sous un jour nouveau. Cette optique semble être celle de l'Union européenne qui, dans sa Charte adoptée à Nice, n'hésite pas à parler de « droits fondamentaux ». Tout cela participe de toute façon au mouvement d'internationalisation du droit.

§ 2. L'internationalisation du droit pénal

Un droit applicable et appliqué. S'il est un phénomène notable ces dernières années, c'est bien celui de l'internationalisation du droit pénal. Ce droit contient désormais un véritable *corpus* de normes applicables. Il est de plus sous les feux de l'actualité depuis le déroulement de véritables procès à l'échelle internationale, cela grâce à la récente mise en place de la Cour pénale internationale à La Haye. Et la doctrine pénaliste conserve un rôle important au sein de ce droit (A).

Droit international pénal et droit pénal international. Les règles de droit international pénal sont souvent fondées sur des valeurs communes aux différents Etats. Il peut être utile de connaître les législations qui ont pu inspirer ces règles pour bien les appliquer. De même, le juge interne peut être amené à appliquer le droit étranger dans une situation comportant un élément d'extranéité, c'est-à-dire dans une situation de droit pénal international. Face à cela, l'essor du droit pénal comparé, notamment, apparaît essentiel (B).

A. La doctrine, gardienne et unificatrice du droit international pénal

Le rôle contemporain de la doctrine en droit international pénal. Nous avons vu qu'un droit international pénal existe déjà, et que la doctrine joua un rôle essentiel tant dans sa formation que dans sa mise en place. Reste à s'interroger sur la future implication de celle-ci au sein d'un droit en notable évolution depuis quelques années. Désormais, son rôle devrait être proche de celui qu'elle a pu jouer en droit interne. Des normes existent, bientôt des arrêts. Il faudra donc les classer en un système cohérent et en dégager des théories et principes.

Mais ce droit reste en grande partie à construire, la doctrine devant une fois de plus se positionner clairement, notamment quant à son rôle exact à jouer. Fortement enclin d'idéologie, voire d'idéalisme, le droit international pénal est un possible terrain d'intervention privilégiée. Cette perspective permet un temps de s'échapper de certains excès d'un positivisme ambiant. D'autant que les règles qui gouvernent le droit international pénal ne sont pas totalement identiques à celles du droit pénal interne. L'importance de la coutume, par exemple, conduit à limiter la portée du principe légaliste. Existe-t-il dès lors, comme en droit international public²⁷⁶, une potentialité de formaliser les influences doctrinales ? La doctrine elle-même n'y semble pas favorable, celle-ci optant traditionnellement, encore et toujours, pour un renfort du principe de légalité. Les conventions internationales se multiplient sous cette optique, notamment en matière de lutte contre le terrorisme, domaine dans lequel la doctrine eut aussi un rôle précurseur²⁷⁷. Mais l'histoire a démontré que ce droit ne pouvait se contenter de juger ses criminels sur des textes préexistants, d'où cette place laissée à la coutume, aux grands principes, à la morale internationale et à la vision des auteurs. L'exemple du terrorisme est éloquent. Celui-ci évolue constamment, ne pouvant subséquemment se laisser enserrer dans un corps de règles intangibles.

²⁷⁶ Article 38 du statut de la Cour internationale de Justice, *précité* en introduction.

²⁷⁷ V. par exemple Y. MAYAUD, *Le terrorisme*, Connaissance du droit, Dalloz, 1997.

Est-il besoin de préciser qu'un tel état du droit n'est pas très satisfaisant quant à sa forte potentialité d'atteinte aux libertés ?

Dès lors, l'évolution sinueuse des relations internationales, ainsi que le rôle déjà joué par les auteurs dans la mise en place du droit international pénal, leur permet de rêver à des lendemains glorieux, ou, plus humblement, à la véritable utilité de leur intervention.

L'unification du droit international pénal. Actuellement, la doctrine joue tout de même un rôle essentiel d'uniformisation de toutes les règles internationales, retrouvant là quelque peu son ministère du XIII^e siècle, lorsqu'elle s'efforçait – à plus petite échelle – de dégager un droit commun en regroupant toutes les règles coutumières. Dispersé entre conventions internationales, coutumes, principes, ou encore articles des codes nationaux, le droit international pénal nécessite d'être regroupé puis systématisé de manière cohérente dans des manuels et traités. Un code du droit international pénal reste à écrire.

Le droit international pénal incite également en lui-même à s'interroger sur le rôle du droit pénal comparé, les auteurs internationalistes de la première heure ayant toujours été favorables à la consultation de la loi étrangère, afin qu'une réflexion d'ensemble²⁷⁸ soit possible.

B. Le droit pénal comparé

Appel pour un retour au droit comparé. Victime de la ramification du droit plus que bénéficiaire, le droit comparé fait de moins en moins d'émules. Les auteurs choisissent la spécialisation dans une branche de droit interne plutôt que de tenter de comparer les droits de divers pays, voire plus simplement de comparer les branches de droit interne entre elles. La discipline demande du temps et un investissement quasi exclusif à la matière. La doctrine seule possède ce temps.

²⁷⁸ V. notamment H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction au droit pénal international*, Sirey, 1922.

Les potentialités du droit comparé. En droit pénal et en procédure pénale, peu d'auteurs s'intéressent aux droits étrangers²⁷⁹, de même qu'il n'est pas dispensé en 2^e cycle de cours obligatoire²⁸⁰ de droit pénal comparé. Pourtant, les apports en droit interne sont bien réels. Le droit étranger n'est pas source de droit pénal interne, bien entendu, mais certains mécanismes étrangers parviennent peu à peu à influencer le droit français.

L'argument du droit comparé fut ainsi invoqué pour la mise en place de la responsabilité pénale des personnes morales par le Code pénal de 1992. Pendant l'élaboration de ce même Code, plusieurs études furent ainsi demandées au Centre français de droit comparé dont le président était alors Marc Ancel. Outre la responsabilité susdite, les crimes contre l'humanité, l'omission de porter secours, ou encore une grande variété des infractions économiques, étaient déjà présents dans le droit étranger et purent dès lors être observés dans la pratique d'une répression déjà effective. La définition générale du faux en écriture fut également recherchée dans les codes pénaux italien, allemand et monégasque, sans que l'une d'elles ne soit en définitive retenue²⁸¹. Mais elles furent en tout cas outil de réflexion. Plus récemment, le statut des repentis italiens ou le fameux plaider coupable anglo-saxon ont pu être des points de réflexion – voire d'inspiration – en droit interne, pour une loi soucieuse dans son intitulé de s'adapter aux évolutions de la criminalité.

²⁷⁹ Il existe malgré tout quelques écrits en la matière : V. J. PRADEL par exemple, et son ouvrage de *Droit pénal comparé*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2002. V. aussi R. LEGEAIS, *Les grands systèmes de droit contemporains, une approche comparative*, Litec, 2004, avec une partie consacrée à la responsabilité pénale et à la justice pénale, p. 325 et s. Et voir *Procédures pénales d'Europe*, P.U.F., 1995, sous la direction de M. DELMAS-MARTY.

²⁸⁰ Et souvent, pas de cours optionnel non plus.

²⁸¹ Profitons-en pour noter l'influence qu'ont toujours exercée les écrits de H. DONNEDIEU DE VABRES en la matière : V. par exemple : « La notion de document dans le faux en écriture », *Rev. sc. crim.*, 1940, p. 158.

Et pour l'anecdote, Monsieur Legeais rapporte même dans une article²⁸² une décision rendue par le tribunal correctionnel de Sarreguemines en 1967, dans laquelle celui-ci eut recours directement à la doctrine allemande et à la jurisprudence italienne pour interpréter les articles 177 et 179 du Code pénal français, relatifs à la corruption de fonctionnaires. Ce ne sont que quelques exemples parmi tant d'autres de l'apport réel du droit pénal comparé en droit interne.

La nécessité du droit comparé. De plus, la connaissance du droit pénal étranger est parfois nécessaire pour le juge. Ainsi, l'article 113-6 al 2 du Code pénal dispose que la loi pénale française « *est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Il faut donc, avant de pouvoir appliquer cette disposition, si ce n'est maîtriser, du moins connaître cette législation étrangère. Les extraditions nécessitent également la consultation du droit étranger, de même que certaines questions préjudicielles, la validité d'un mariage par exemple, doivent être tranchées en vertu du droit étranger, l'infraction ayant pourtant été commise en France, un cas de bigamie dans notre exemple. Enfin, la Cour de cassation soumet à la loi du pays dans lequel le préjudice a été causé la solution des problèmes en ce qui concerne la réparation, dès lors que l'action civile est portée devant une juridiction répressive française²⁸³. Dans ces cas bien précis, mais effectifs, la doctrine seule peut aider le juge à accomplir son ministère correctement et dans un délai raisonnable.

Ce manque d'attachement au droit pénal comparé est peut-être dû à l'absence dans le Code pénal de 1992 d'une théorie claire concernant les compétences du juge et de la loi pénale. Celui-ci se borne à énoncer des cas de compétence, chacune étant dotée d'un régime *sui generis*. Pas de catégories donc, or « *c'est oublier que la mise*

²⁸² « Le rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence pénale française », *Mélanges Legeais*, p. 458. qui renvoie à A. VITU, *Rev. sc. crim.*, 1968, p. 329.

²⁸³ V. J.-P. DOUCET, « La loi applicable à l'action civile », *Mélanges Levasseur*, 1992, p. 89.

en catégories n'est pas seulement explicative, mais normative souvent » fait remarquer le Doyen Lombois²⁸⁴.

Pour conclure, pourquoi pas, comme le préconisent tant Monsieur Legeais que Madame Jacqueline de Romilly, un retour à Aristote qui, « à l'universel de la géométrie » a fait répondre « l'universel du comparatisme »²⁸⁵.

L'histoire et la philosophie du droit. Profitons de cet appel pour marquer la réelle nécessité de certains cours en voie de disparition. L'histoire permet ainsi de mieux comprendre certains mécanismes du droit pénal, et notamment son rapport étroit avec l'évolution des mœurs et la conception qu'a une société donnée des libertés. Cette matière est toutefois mieux lotie que la précédente, faisant fréquemment l'objet de cours au sein des Facultés.

La philosophie du droit participe également de cette compréhension des mécanismes fondamentaux du droit en général. Peu développée dans la plupart des universités, elle est pourtant essentielle à l'entendement des grands courants qui influencent le droit. Par exemple, concernant le droit des preuves, et plus précisément le principe de loyauté dans la recherche de celles-ci, un choix s'impose entre l'impératif moral tel que décrit par Kant (pas de déloyauté dans cette recherche), la Justice bénéficiant ainsi d'une image vertueuse, et la doctrine soutenue par les utilitaristes, la Justice étant alors plus efficace. Ce difficile équilibre de valeurs marque d'ailleurs toute la procédure pénale. Connaître les fondements du droit permet de mieux comprendre le droit positif et, ainsi, d'envisager son évolution.

Cet appel se justifie d'autant plus que l'histoire du droit, la philosophie du droit et le droit comparé « *correspondent aux mêmes attitudes d'esprit* »²⁸⁶. Que l'on ait une vision verticale ou horizontale des systèmes juridiques conduit à comparer des sources, des évolutions et des influences, ainsi qu'à s'interroger sur leur provenance. Pour être comparatiste, il faut donc un objet et des

²⁸⁴ *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p. 69 et s.

²⁸⁵ R. LEGEAIS, *op. cit.* et J. DE ROMILLY, *Pourquoi la Grèce ?*, p. 287.

²⁸⁶ R. DRAGO, article « droit comparé », dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga, Lamy-P.U.F., 1^{er} éd., 2003, p. 453 et s.

outils de comparaison. A plus forte raison le comparatiste est-il souvent historien ou philosophe. La doctrine a donc de multiples fonctions, traditionnelles, et plus contemporaines.

Section 2. Les difficultés à anticiper l'évolution du droit pénal

La crise du droit pénal traditionnel. Les facteurs externes d'évolution du rôle de la doctrine ne sont pas exclusivement d'ordre quantitatif, dus à l'apparition croissante de nouvelles normes internationales. Le terrain sur lequel elle s'exerce habituellement, le droit pénal interne – et au sein de celui-ci, plus particulièrement, la loi –, n'est pas imperméable aux éléments perturbateurs inhérents à tout système normatif. Le droit pénal, comme tout autre, est ainsi l'objet d'une constante inflation normative, celle-ci produisant un droit trop rapidement élaboré, dont les termes n'ont, bien souvent, pas été suffisamment travaillés. Dès lors, qualitativement, ce droit est tant complexe – car inaccessible techniquement pour un profane (§ 1) – qu'instable (§ 2) –, ces caractères rendant plus délicat le travail doctrinal d'anticipation.

Quelques aspects de ce phénomène seront seuls abordés, et uniquement en ce qu'ils ont des conséquences sur la doctrine pénaliste et son rôle. En effet, qu'il s'agisse d'une véritable crise, ou, d'un point de vue moins pessimiste, de la fin d'un modèle, il est du devoir des auteurs juridiques de s'adapter aux nouveaux caractères des normes, ou de contribuer à la lutte pour leur amélioration.

§ 1. La technicité du droit pénal

Le déclin du principe de légalité. Le constat n'est pas nouveau et figure encore dans la plupart des ouvrages de droit pénal général, généralement pour l'avaliser tout en le nuanciant ou en le

précisant. L'objet de cet ouvrage n'étant pas le déclin du droit²⁸⁷, nous nous bornerons une fois de plus à ne présenter que quelques aspects de ce phénomène, intéressant particulièrement le droit pénal et sa doctrine.

Par exemple, si l'on prend en compte la simple rédaction des textes, la formulation de ceux-ci et le langage employé, le déclin semble devoir prendre un masque technique et, à première vue, ne pas concerner la loi prise dans son sens formel. Extrinsèquement à cette dernière se développe en effet un droit répressif, très technique, qui ne répond pas à tous les caractères inhérents à la légalité pénale (A).

Mais intrinsèquement, quant à la loi elle-même, le vice de technicité est également, et de plus en plus fréquemment, un facteur de difficulté. Et le juge, appuyant ses décisions sur des textes complexes, produit à son tour un droit de plus en plus sibyllin (B).

A. La technique de la régulation

Un droit répressif. Selon le Doyen Carbonnier, « *il n'est guère de loi dirigiste qui ne s'assortisse d'une cauda vénéneusement pénale* »²⁸⁸. Le droit pénal n'est plus le seul outil de sanction d'une atteinte à des règles préétablies ; il ne détient donc plus le monopole de la punition. Les origines des normes répressives sont désormais diverses : législatif bien sûr, mais aussi exécutif et judiciaire, ainsi qu'administratif. Madame le Professeur Lazerges constate même que la loi pénale contemporaine est déclarative, simple réaction à l'opinion publique²⁸⁹. Les sources de droit affleurent et s'enchevêtrent ; il ne suffit, pour s'en rendre compte, que d'observer la technique contestable du renvoi à des textes extra-pénaux, et son utilisation à outrance.

Une régulation aux fins de répression. Il en résulte une véritable atteinte à la cohérence logique du droit, et une ouverture croissante à la technique de la régulation, marquant ainsi, si ce

²⁸⁷ V. G. RIPERT, *Le déclin du droit*, L.G.D.J., 1949, « Reprint », 1998.

²⁸⁸ *Sociologie juridique*, Thémis, Quadrige, P.U.F., 2^e éd., 2004, p. 399.

²⁸⁹ « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 194 et s.

n'est un déclin, du moins un recul de la loi. Or, les autorités de régulation, tout en rédigeant leurs propres normes, s'arrogent le monopole de leur interprétation. C'est le cas de la C.O.B. (désormais Autorité des Marchés Financiers) par exemple, dont l'intervention en droit pénal des affaires s'est fait de plus en plus prégnante ces dernières années. Et si des juristes techniciens interviennent toujours au stade de la rédaction, la doctrine joue-t-elle encore un rôle d'interprète nécessaire de ces nouvelles normes ? « *Le droit tient au pointillisme, à la solution plus qu'à la règle* ». Ainsi, « *les fonctions prudentielles s'amenuisent* »²⁹⁰. Certains parlent même de la fin du « droit des professeurs », inapte à produire à la vitesse de l'évolution de la société et à commenter un droit à durée déterminée. Que reste-t-il du constat de Portalis : « *Les lois se font avec le temps, à proprement parler on ne les fait pas* »²⁹¹ ? La doctrine se construit aussi avec le temps. Elle ne travaille pas en temps réel, c'est un atout, mais parfois un handicap.

Le recours à la régulation n'est dès lors pas encouragé par la doctrine pénaliste, mais c'est davantage en considération des dangers potentiels de cette technique, que par peur de perdre un rôle traditionnel d'interprète. L'appel au droit pénal pour régler un point particulier, implique notamment l'application de toutes les garanties protectrices offertes par la procédure pénale. La question s'est donc un temps posée de savoir si les autorités de régulation faisant œuvre répressive étaient soumises au respect des grands principes directeurs du procès pénal. La Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel se sont ponctuellement prononcés en ce sens, afin par exemple de sanctionner la C.O.B. pour non-respect de certaines de ces règles protectrices²⁹².

²⁹⁰ C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP*, 1980, I, n°2999.

²⁹¹ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*.

²⁹² V. Ass.plén., 5 juillet 1999, « *Oury* » : le fonctionnement de la C.O.B. est incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne, *D.*, 1999, p. 110 et s. ; confirmé par CA Paris, 7 mars 2000, « *KPMG* », *JCP entreprises*, 2000, p.538 et s.

Cons. D'Et., 9 octobre 1996 : la légalité des délits doit être respectée par la C.O.B, *D.*, 1996, IR, 237.

Il semble donc que ces dernières s'appliquent à toute autorité lorsqu'elle entend faire œuvre répressive. Et, dès lors, ces principes fondamentaux restent les seuls véritables fondements d'un droit en définitive unitaire, et permettent subséquemment à la doctrine de faire son œuvre de systématisation.

Il reste simplement à remarquer que ce mouvement participe à première vue à la présentation réductrice d'un droit pénal sanctionnateur, le rôle de la doctrine pénaliste étant conséquemment restreint à regrouper des règles qui ne s'expliquent et ne se justifient que par référence à des valeurs reconnues par les autres branches du droit. Cette vision remet en cause la nécessité de l'existence d'une doctrine spécialisée. Mais si tel est le véritable caractère du droit pénal, pourquoi faire appel à une technique contestable qui vise en définitive aux mêmes fins ? Le droit pénal est donc incontestablement un droit à part, un véritable droit normatif, nécessitant en cela ses propres spécialistes.

B. La technicité de la réglementation

Technicité du texte. Le danger de la régulation semble se situer dans la création de normes dont on ignore encore la véritable portée juridique. Cette dangerosité est bien évidemment multipliée lorsqu'elle intervient dans le droit répressif, domaine naturel d'application du principe légaliste. Il n'est pourtant pas nécessaire de recourir à cette technique pour constater que les règles contemporaines n'obéissent plus aux sages principes de législation. « Nul n'est censé ignorer la loi », nous l'avons vu²⁹³. Mais, quand bien même chaque citoyen recevrait le JO chaque matin, nul n'est-il pas également – et même surtout – censé comprendre la loi ? La doctrine fait un travail nécessaire de diffusion et d'explication des textes en vigueur. De jour en jour, ce travail apparaît plus utile encore, et plus difficile. La technicité atteint parfois son paroxysme dans un domaine où il fut pourtant toujours important de connaître les limites fixées par le pouvoir souverain, ce phéno-

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989 (89-260 DC), notamment considérant n°22 : le principe du non-cumul des peines s'applique aux sanctions de la C.O.B.

²⁹³ V. *supra*, p. 64.

mène démontrant en soi que le droit pénal n'a rien à envier aux autres droits quant aux difficultés posées par ses mécanismes. Et là encore, praticiens et théoriciens vont de pair.

Technicité corrélative de l'application et de l'interprétation du texte. Le juge, formé par la doctrine, se doit d'appliquer les textes qui fondent son intervention, quelles que soient leur qualité et leur difficulté de mise en œuvre. Et, parfois, c'est à un véritable travail d'horloger que fait penser cette mise en œuvre des textes par le juge, puis son interprétation par la doctrine. La Cour de Justice des Communautés Européennes a, le 13 septembre 2005, rendu un arrêt susceptible d'illustrer nos propos²⁹⁴.

Une décision-cadre définissant des infractions à l'environnement est adoptée le 27 janvier 2003 par le Conseil de l'Union, sur le fondement du « troisième pilier » du traité sur l'Union Européenne. Une indétermination en résulte quant à la légitimité du fondement de cette intervention, la matière pénale ressortant bien du « troisième pilier », mais le domaine de l'environnement étant quant à lui régi par l'intermédiaire du « premier pilier ». Et, à l'origine, c'est bien sur cette dernière assise, et sous la forme d'une directive rendue par la Commission européenne, que reposait l'intervention de l'Union européenne.

La Commission saisit dès lors la Cour de Justice des Communautés européennes, celle-ci annulant la décision-cadre et admettant ainsi que, si l'office de l'Union n'était pas impossible dans un tel domaine – l'environnement – et sous une telle forme – des mesures pénales –, ce n'était pas au Conseil de le faire, et pas sur le fondement du « troisième pilier ». Il est pour l'instant difficile de tirer les conséquences exactes de cette décision importante²⁹⁵. Mais, pour qu'une telle tâche soit possible, de même que pour permettre aux lecteurs de bien comprendre l'arrêt rendu par la Cour de Luxembourg, encore faut-il parfaitement

²⁹⁴ C-176-03, Commission contre Conseil de l'Union européenne. V. D., 2005, jurisprudence, p. 3064 et s., note P.-Y. MONJAL ; *Europe*, novembre 2005, commentaire n° 369, note D. SIMON ; *JCP*, 2005, n° 10168, note de J.-C. ZARKA.

²⁹⁵ V. les différentes interprétations qu'en proposent les auteurs susvisés.

maîtriser tous les éléments nécessaires à son interprétation, puis les exposer de façon claire.

Ainsi, l'arrêt ne peut-être rendu, puis interprété et diffusé qu'à la suite de la bonne compréhension de nombreux problèmes techniques. Par exemple, et pas nécessairement dans le bon ordre, il faut connaître le fonctionnement particulier de l'Union Européenne et de ses institutions, de même que maîtriser la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, travail demandant plutôt une spécialisation en droit communautaire. Mais, face au domaine d'intervention et au choix des moyens répressifs, il faut quelques connaissances en droit de l'environnement, et surtout savoir et maîtriser ce que représente exactement la notion de « matière pénale », travail plutôt attendu d'un pénaliste. Bref, c'est à un spécialiste maîtrisant ces différents droits qu'il est nécessaire de s'adresser pour comprendre un tel arrêt et en avoir une interprétation cohérente, et à plusieurs de ceux-ci pour assurer la bonne formation des praticiens. Ce besoin constant, mais de plus en plus prégnant, est l'un des facteurs de stabilité de l'utilité de la doctrine face à un droit de plus en plus instable.

§ 2. L'instabilité du droit pénal

La sécurité juridique. Dans les décisions des organes chargés du contrôle de la qualité de la loi – et corrélativement dans les manuels –, il est dorénavant fréquent d'imposer pour l'effectivité de cette dernière la clarté, la précision, l'accessibilité et la prévisibilité. Au premier abord, c'est presque un truisme. Ces caractères semblent inhérents à toute loi, et s'interroger sur ceux-ci démontre déjà, en soi, la mauvaise qualité occasionnelle du travail législatif. Pourtant, de plus en plus, ces objectifs semblent se substituer à un principe de légalité en déclin²⁹⁶. Et la loi n'est dès lors plus la norme produite par le législateur représentant du peuple souverain ; elle est désormais celle qui répond aux qualités susdites. Un principe de sécurité juridique explicite et sanctionné semble ainsi s'imposer, face à un principe de légalité automatique et trop attaché à un temps où l'on ne remettait pas la loi en cause.

²⁹⁶ V. *supra*, p. 143.

En 1992, l'occasion fut donnée au législateur de répondre à ces impératifs. Le Code pénal nouveau regroupa les normes en vigueur au sein d'un corps unique, cohérent et accessible.

Mais le Code ainsi adopté ne représenta qu'un moment du droit pénal, pendant lequel ce dernier pouvait indéniablement prétendre répondre à certaines exigences²⁹⁷. Peu de temps après, et sans que cela soit réellement dû à sa rédaction, le Code pénal était dépassé sur certains points (A). Face à ce mouvement, auteurs et juges ne se contentèrent pas de dresser le constat d'une défaite inéluctable. Ils revinrent aux fondements de la légalité, en dégageant explicitement les principaux caractères afin de vérifier, loi par loi, si chacune d'entre-elles les présentait (B). Et le système cohérent construit avec le temps par la doctrine resta le seul référentiel immuable.

A. La défaillance des outils législatifs de stabilisation

L'échec inévitable de la codification officielle. Si le Code pénal de 1992 n'apporta pas toute la modernité que certains auteurs avaient espérée, il eut le mérite de regrouper, au sein d'un ouvrage unique, la plupart des règles positives du droit pénal, avantage non négligeable pour tout juriste. D'une manière plus générale, il eut également la vertu de focaliser l'attention des Assemblées pendant quelques jours sur la législation répressive, provoquant, outre des discussions sur le bien-fondé des textes adoptés, une publicité essentielle de son contenu, réhabilitant pour un temps une relative effectivité de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi ».

Le temps a passé, les professeurs s'insurgeant désormais contre l'emploi de l'épithète « nouveau », encore accolé à un Code âgé de plus d'une décennie. De nouvelles règles sont apparues, d'autres ont disparu, le Code pénal s'adaptant et changeant à chaque réforme, mais ne pouvant malheureusement pas toujours contenir toutes les règles, et n'obéissant ainsi plus, parfois, à sa logique proclamée. Les parlementaires vont et viennent, adoptant des lois souvent politiques, abrogeant d'autres textes moins poli-

²⁹⁷ Même si la constitutionnalité du Code pénal ne fut pas contrôlée.

tiques, mais pour des raisons politiques, les techniciens du droit ayant dès lors pour rôle de sauvegarder une logique d'ensemble, quant à elle bienheureusement plus technique que politique. En résumé, le Code pénal lutte difficilement contre l'instabilité de son droit.

Aussi apparaît de nouveau l'importance des auteurs, de leur intérêt constant au droit pénal, et de leurs ouvrages fréquemment réactualisés, véritable fil d'Ariane d'un droit labyrinthique. Et dans cette lutte pour la cohérence du droit, la doctrine peut compter sur l'appui du juge.

B. Le retour prétorien aux fondements de la légalité criminelle

La lutte pour la prévisibilité des normes pénales. « 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* » pose le Conseil constitutionnel en 1980²⁹⁸. La Chambre criminelle le rejoint en précisant, par exemple, que « 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 »²⁹⁹.

L'impératif de prévisibilité, encore plus que ceux de clarté, de précision et d'accessibilité dont il est sans doute la clef de voûte, semble inhérent au principe de légalité et à sa philosophie première. C'est en effet avant tout par le souci de prévenir avant de punir que ce dernier se justifie. Et le respect de cette exigence originelle semble de plus en plus échapper au premier producteur du droit qu'est le législateur.

²⁹⁸ Conseil constitutionnel, 19 et 20 janvier 1981 (n°80-127 DC). Ce contrôle de la qualité de la rédaction de la loi a été effectué depuis dans de nombreuses décisions : v. par exemple 18 janvier 1985 (n°84-183 DC) ou 5 mai 1998 (n°98-399 DC).

²⁹⁹ Cass. crim. 1^{er} février 1990, *Bull. crim.*, n°56 ; v. *Gaz. Pal.*, 1990, I, p. 398 et s., note J.-P. DOUCET et *Rev. sc. crim.*, 1991, p.555 et s., observations A. VITU. V. aussi Cass. crim. 13 janvier 1998, *Bull.cim.*, n° 17.

Peut-être est-il malgré tout nécessaire de noter que l'inflation des normes est un phénomène ambivalent et complexe. On peut certes, et c'est la conception généralement défendue, la concevoir comme la marque du manque de qualité et de précision des textes adoptés. Mais il est, à l'inverse, tout aussi envisageable de la concevoir comme la marque d'une volonté vers plus de précision, celle-ci passant non par la capacité d'un texte unique à englober des situations diverses, mais par la multiplication des textes. D'autant que la société a des réalités diverses et complexes, ces dernières se laissant de moins en moins enfermer dans des catégories prédéterminées, et incitant à l'adoption de normes spéciales.

Mais, quoi qu'on en pense, il résulte nécessairement de cette inflation l'effet pervers d'une difficulté croissante de connaître le droit, et de comprendre ou d'envisager son contenu, d'où la nécessité de l'intervention des auteurs, et de la vigilance des juges.

Un sauveur inattendu : le juge. Au départ outil de lutte contre l'arbitraire judiciaire, le principe de légalité trouve aujourd'hui en différents juges de fervents défenseurs, ces derniers agissant au nom de la sécurité juridique. Portalis voulait des « *lois précises et point de jurisprudence* »³⁰⁰. Mais, lorsque le législateur oublie la précision, seul le juge peut la rétablir. Ainsi, parfois, le juge vérifie et sanctionne lui-même la qualité de la loi³⁰¹.

Monsieur le Professeur Rebut attribue l'origine de ce contrôle à la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci étant « *d'une part, né de son exemple et [...], d'autre part, pratiqué en son nom* »³⁰², d'autant que la Cour de Strasbourg a pour préoccupation constante l'effectivité des droits et libertés garantis par la Convention. Indéniablement inspirés, le Conseil constitutionnel et le juge judiciaire ont à leur tour exigé certaines qualités de la loi pénale, se

³⁰⁰ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil.*

³⁰¹ V. notamment la thèse de V. FERNANDEZ, *Les qualités de la loi pénale, contribution à l'étude de la légalité criminelle*, Toulouse, 2003.

³⁰² *Libertés et droits fondamentaux*, ouvrage collectif, Dalloz, 11^e éd., 2005, p. 569 et s. La première décision à réclamer la précision des lois pénales est l'arrêt « *Sunday times* », rendu par la Cour de Strasbourg le 26 avril 1979, sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

fondant tant sur des normes internes que sur des normes supranationales³⁰³.

Dès lors, peut-être vaut-il mieux parler désormais, rejoignant ainsi les Professeurs Mayaud³⁰⁴ et Rebut, de principe de sécurité juridique, plutôt que de principe de légalité. C'est à la doctrine pénaliste d'en fixer tous les caractères, puis de les prendre en considération quant à son rôle à jouer au sein d'un droit technique et instable, mais se souhaitant prévisible. Et, peut-être, ce nouvel impératif laisse-t-il place, au sein même des sources du droit, au travail d'une doctrine seule véritablement capable de poser clairement et préventivement les fluctuations de la norme³⁰⁵. Enfin, c'est aux auteurs que revient la tâche d'observer le juge, et de faire que cette nouvelle légalité ne devienne pas un moyen pour ce dernier de trop étendre ses compétences en sanctionnant systématiquement la norme produite légitimement par le législateur, balayant par là même la séparation des pouvoirs.

³⁰³ V. Cass. crim. 3 mai 1994, *Bull.crim.*, n°164, qui se réfère notamment à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

³⁰⁴ V. *Droit pénal général*, Droit fondamental, P.U.F., 1^{re} éd., 2004, p. 36 et s.

³⁰⁵ V. *supra*, p. 132.

Conclusion

Pour Cicéron, le bon jurisconsulte doit savoir répondre, être sur ses gardes, et emmener. La doctrine pénaliste contemporaine remplit-elle toujours ce rôle ?

« **Respondere** » : répondre. La doctrine pénaliste reste la gardienne des connaissances de son droit, la « gardienne de son temple ». D'essence professorale, elle est la seule à pouvoir poser clairement tous les problèmes qui parsèment le droit pénal, et à vraiment tenter d'y apporter une solution. Le praticien ne s'intéresse généralement qu'aux difficultés qui lui sont présentées, et il est contraint par le temps. Le législateur, usuellement profane en la matière, ne possède pas toujours les compétences indispensables. D'où la nécessité constante d'un appel aux auteurs lorsqu'un véritable problème de droit se pose, que cela soit de manière dissimulée, ou plus courtoisement avoué. Et si la doctrine reste l'autorité qui détient les clefs de la connaissance juridique, elle favorise, en diffusant le droit et son interprétation du droit, l'apport d'une réponse de qualité par les praticiens eux-mêmes, formés puis informés par les auteurs pénalistes.

C'est le côté le moins controversé du rôle doctrinal. Même en ces temps annoncés de crise du droit traditionnel, la doctrine reste la référence absolue en matière de théorie juridique. Le droit pénal ne fait pas exception.

« **Cavere** » : être sur ses gardes. Autorité morale mais plus pouvoir, le statut de la doctrine pénaliste est précaire. Elle ne s'impose que par sa seule logique, et doit ainsi rester constamment vigilante à l'évolution du droit, de ses sources et de ses acteurs.

Elle a pu être dépassée par le changement radical d'une société et ne pas percevoir assez rapidement la nécessité d'un recours à la jurisprudence, aveuglée par un principe légaliste nécessaire, mais faisant trop longtemps de la loi une norme incontestée. Elle a pu succomber aux excès, voir en le juge et ses arrêts le moyen privilégié de suivre cette évolution des mœurs. Et, de manière plus contemporaine, accepte-t-elle qu'on lui propose une vision autre que juridique du droit ?

Le pénaliste fait peut-être cette fois figure d'exception. L'évolution de la criminalité, toujours plus inventive, le contraint à ne pas reposer trop longtemps sur ses acquis. Les libertés aussi, domaine d'intervention du droit pénal, font l'objet de conceptions toujours renouvelées en fonction des choix politiques de la société. Bref, le droit pénal bouge, change, les auteurs s'adaptant, renouvelant leurs ouvrages et leurs théories.

De plus, la qualité d'un juriste en un domaine si sensible est avant tout la prudence, celle-ci entretenant un lien intime avec la mémoire, et donc avec la connaissance des pratiques passées du droit. Cette sagesse avisée est avant tout doctrinale.

Et, parfois, certains auteurs alors visionnaires, ont su prévoir les évolutions du droit pénal, puis prévenir et mettre en garde les autres acteurs de la matière de la nouvelle direction qu'elle allait prendre.

« *Agere* » : *emmener*. La doctrine pénaliste a encore de l'influence. Fut-elle diffuse, fut-elle de moindre ampleur que dans d'autres branches du droit – encore que cela se discute –, elle est constatable et donc incontestable. Elle n'est pourtant affirmée ni par le juge, ni par le législateur, ni par les auteurs eux-mêmes.

Nul ne peut nier la grande valeur persuasive d'un argument raisonné et subtil, surtout s'il s'inscrit dans un séduisant exposé dogmatique. La doctrine est autorité avant tout par sa raison ; c'est ainsi qu'elle s'est forgée, et c'est par cette puissance rhétorique et logique qu'elle continuera à influencer le droit pénal.

Index

A

Accessibilité · 85, 138, 150, 152
Autorité · 16, 17, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 43, 66, 83, 88, 89, 99, 113, 126, 130, 132, 135, 147, 148, 155, 156
Avant-projet · 41, 98, 99, 102, 103, 104

C

Code pénal de 1992 · 41, 54, 65, 77, 90, 99, 103, 104, 106, 110, 117, 118, 126, 142, 143, 151
Codification · 28, 45, 50, 57, 72, 151
Cohérence · 28, 45, 53, 58, 101, 135, 146, 152
Commentaire · 34, 35, 37, 43, 44, 58, 67, 72, 74, 75,

76, 77, 80, 87, 103, 126, 138, 149

Communication · 36, 63, 86, 114, 117, 135

Constitutionnalisation · 135, 136, 137

Controverse · 47, 52, 56, 60, 69, 88, 89, 90, 107, 125, 126, 137

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales · 55, 79, 86, 130, 131, 132, 138, 147, 153, 154

Critique · 22, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 98, 101, 118

D

Défense sociale nouvelle · 18, 60, 109, 110

Doctrines pénale · 18, 28, 35, 59, 109, 110

Dogmatique · 45, 53, 156

Droit

comparé · 32, 73, 99, 141,
142, 143, 144
histoire du · 144
international pénal · 50,
51, 66, 139, 140, 141
pénal des affaires · 17, 49,
50, 54, 90, 120, 147
pénal international · 41,
50, 51, 52, 66, 72, 108,
139, 141, 169

E

Elaboration · 30, 45, 51, 52,
56, 70, 71, 105, 106, 142
Elément · 20, 41, 48, 50, 52,
55, 57, 60, 66, 68, 84, 113,
114, 115, 116, 117, 118,
122, 138, 139, 145, 150
Evolution · 17, 21, 23, 28,
39, 42, 44, 48, 53, 56, 61,
63, 66, 70, 71, 72, 74, 76,
78, 82, 84, 90, 91, 95, 102,
103, 107, 115, 120, 127,
129, 132, 133, 134, 135,
137, 138, 140, 141, 142,
144, 145, 147, 155, 156
Exégèse · 21, 44, 70, 71, 72,
90

F

Faculté · 21, 31, 32, 37, 78,
82, 108, 113, 144
Fiction · 71

I

Influence · 20, 21, 31, 41,
48, 83, 97, 98, 99, 101,
105, 106, 107, 109, 110,
112, 113, 117, 119, 120,
121, 123, 126, 131, 132,
136, 140, 142, 144, 156
Instabilité · 116, 119, 124,
129, 150, 152
Internationalisation · 52,
130, 138, 139
Interprétation · 15, 23, 32,
37, 46, 55, 59, 63, 64, 66,
67, 68, 70, 71, 73, 74, 75,
76, 80, 83, 108, 111, 118,
120, 123, 126, 131, 133,
135, 147, 149, 150, 155

J

Jurisprudence · 21, 22, 23,
28, 29, 30, 35, 36, 38, 41,
42, 43, 44, 46, 47, 55, 56,
57, 59, 60, 61, 66, 67, 68,
69, 71, 72, 73, 76, 77, 82,
83, 84, 86, 87, 90, 95, 99,
100, 102, 103, 107, 111,
112, 116, 117, 119, 120,
122, 124, 125, 126, 129,
130, 131, 132, 133, 134,
136, 138, 143, 149, 150,
153, 156

L

Législateur · 20, 31, 32, 36,
38, 39, 40, 41, 42, 43, 45,
47, 49, 54, 55, 57, 58, 61,
63, 67, 69, 71, 73, 74, 76,
77, 79, 80, 83, 87, 90, 91,
95, 97, 98, 99, 100, 101,
103, 105, 106, 110, 112,
118, 119, 121, 122, 136,
150, 151, 152, 153, 154,
155, 156
Libre recherche scientifique
· 73

M

Matière pénale · 20, 28, 39,
40, 54, 86, 105, 130, 131,
133, 135, 149, 150
Méthode · 63, 70, 71, 73
Motivation · 85, 86, 87, 113,
167

N

Néo-classique · 78, 109, 110

O

Opinion · 15, 16, 17, 19, 30,
33, 34, 36, 37, 53, 61, 65,
70, 76, 78, 79, 81, 83, 86,
87, 90, 104, 106, 112, 121,
124, 125, 126, 134, 135,
146

P

Pédagogie · 74, 109, 113,
118
Pratique · 19, 21, 31, 42, 51,
60, 74, 75, 76, 82, 83, 84,
99, 115, 119, 127, 131,
142
Prévisibilité · 59, 150, 152
Principe
de légalité / légaliste · 20,
23, 29, 33, 37, 38, 39,
40, 42, 50, 54, 71, 83,
98, 120, 134, 135, 136,
137, 138, 140, 145, 148,
150, 151, 152, 153, 154,
156
directeur · 17, 49, 54, 55,
147
Prospective · 75, 103, 131,
132

R

Raisonnement · 32, 48, 69,
91, 99, 114, 115, 116, 120
Ratio legis · 67, 68
Régulation · 146, 147, 148
Répression · 52, 57, 60, 69,
79, 101, 103, 110, 142,
146

S

Science · 21, 36, 44, 58, 71,
73

Sécurité juridique · 150, 153, 154
Source · 17, 22, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 50, 59, 63, 66, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 90, 91, 98, 108, 133, 134, 142, 144, 146, 154, 155
Spécialisation · 17, 66, 141, 150
Systématisation · 23, 27, 148
Système · 23, 27, 28, 29, 38, 39, 40, 44, 45, 49, 52, 53, 58, 61, 63, 68, 73, 76, 78, 79, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 100, 114, 132, 137, 140, 142, 144, 145, 151

T

Technicité · 77, 129, 145, 146, 148, 149
Technique · 18, 21, 31, 37, 44, 61, 64, 65, 68, 74, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 104, 120, 131, 146, 147, 148, 150, 152, 154
Théorie · 28, 29, 31, 45, 50, 53, 57, 58, 59, 60, 61, 67, 71, 84, 89, 113, 115, 116, 117, 132, 140, 143, 155, 156

U

Université · 21, 31, 32, 36, 66, 132

Bibliographie

I. Ouvrages généraux.

Droit / Théorie juridique.

- ALLAND (D.) ET RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-P.U.F., 1^{re} éd., 2003.
- ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Droit fondamental, P.U.F., 1^{re} éd., 1985.
- ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Précis, Dalloz, 1^{re} éd., 2002.
- BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Thémis, P.U.F., 2001.
- CARBASSE (J.-M.), *Introduction historique au droit*, P.U.F., 1998.
- CARBONNIER (J.), *Introduction générale au droit civil*, Quadrige, P.U.F., 1^{re} éd., 2004, volume I (texte de la 27^e éd.).
- CARBONNIER (J.), *Sociologie du droit*, Quadrige, P.U.F., 2^{de} éd., 2004.
- CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^e éd., 2001.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Quadrige, P.U.F., 7^e éd., 2005.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Quadrige, P.U.F., 1^{re} éd., 2004.
- GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., 2^{de} éd., 1919, tomes I et II, Reprint, 1993.

- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil: introduction générale*, L.G.D.J., 1990.
- JESTAZ (P.), *Le droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 4^e éd., 2001.
- LABBE (X.), *Introduction générale au droit, pour une approche éthique*, Septentrion, 1998.
- LEGEAIS (R.), *Les grands systèmes de droit contemporains, une approche comparative*, Litec, 2004.
- RIPERT (G.), *Le déclin du droit*, L.G.D.J., 1949, Reprint, 1998.
- RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd., 2000.
- TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^e éd., 2003.
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, 2001.

Droit pénal.

- ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) ET PELLET (A.), *Droit international pénal*, éd. A. Pedone, 2000.
- BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, Introduction et commentaire par F. HELIE, Les introuvables, Ed. d'Aujourd'hui, 1980.
- CHAUVEAU (A.) ET HELIE (F.), *Théorie du Code pénal*, 6^e éd., par VILLEY, 1887.
- DESPORTES (F.) ET LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, 11^e éd., Economica, 2004.
- CONTE (P.) ET MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004.
- CUCHE (P.), *Droit criminel*, Petits Précis, Dalloz, 7^e éd., 1939.
- DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971.
- DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, P.U.F., 1^{re} éd., 1992.
- DELMAS-MARTY (M.) ET GIUDICELLI-DELAGE (G.), *Droit pénal des affaires*, Thémis, PUF, 4^e éd., 2000.

- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Introduction au droit pénal international*, Sirey, 1922.
- ENGUELEGUELE (S.), *Les politiques pénales (1928-1995)*, L'Harmattan, 1998.
- GARÇON (E.), *Code pénal annoté*, Sirey, 1^{re} éd., 1901-1906 ; 2^e éd. par M. ROUSSELET, M. PATIN ET M. ANCEL, 1959, tomes I et II.
- GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1913, tome I.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.), *Droit pénal des affaires*, Mémentos, Dalloz, 5^e éd., 2002.
- HUET (A.) ET KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, Thémis, P.U.F., 3^e éd., 2005.
- JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6^e éd., 2005.
- LAINGUI (A.) ET LEBIGRE (A.), *Histoire du droit pénal*, Synthèse, Cujas, 1979, tome I.
- LARGUIER (J.), *Droit pénal général*, Mémentos, Dalloz, 20^e éd., 2005.
- LARGUIER (J.) ET CONTE (P.), *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^e éd., 2004.
- LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{de} éd., 1979.
- LAZERGES (C.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Ed. A. Pedone, 1995.
- MEHAIGNERIE (P.), *Nouveau Code pénal : enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994.
- MERLE (R.) ET VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal général* (tome I) et *Procédure pénale* (tome II), Cujas, 7^e éd., 1997 (I) et 5^e éd., 2001 (II).
- PERRET (M.), *Beccaria, le droit de punir*, Le bien commun, Michalon, 2003.
- PONCELA (P.) ET LASCOUMES (P.), *Réformer le Code pénal, où est passé l'architecte ?*, P.U.F., 1^{re} éd., 1997.
- PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Précis, Dalloz, 2^e éd., 2002.

- PRADEL (J.), *Histoire des doctrines pénales*, « Que sais-je ? », P.U.F., 2^e éd., 1991.
- PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Cujas, 12^e éd., 2004.
- PRADEL (J.) ET CORTENS (G.), *Droit pénal européen*, Précis, Dalloz, 2^e éd., 2002.
- PRADEL (J.) ET VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, tome I, Dalloz, 5^e éd., 2005.
- PRADEL (J.) ET VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, tome II, Dalloz, 4^e éd., 2003.
- PUECH (M.), *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, tome I, Légalité de la répression, droit pénal général, Cujas, 1976.
- ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, Thémis, P.U.F., 6^e éd., 2005.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.) ET MAYAUD (Y.), *Code pénal commenté, article par article*, Dalloz, 1996.
- SEGONDS (M.), *Droit pénal général*, Tout le droit, Ellipses, 2004.
- STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) ET BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Précis, Dalloz, 19^e éd., 2005.
- VERON (M.), *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 6^e éd., 2005.
- VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1981.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies.

- BERNARD (A.) ET POIRMEUR (Y.), *La doctrine juridique*, Cahiers du C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1993.
- CATELAN (N.), *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Collection du Centre de recherches en matière pénale Fernand Boulan, P.U.A.-M., 2004.
- FERNANDEZ (V.), *Les qualités de la loi pénale, contribution à l'étude de la légalité criminelle*, Thèse pour le doctorat en droit, Toulouse, 2003.
- JESTAZ (P.) ET JAMIN (C.), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004.

MAGNOL (J.), *L'avant-projet de révision du Code pénal français*, Sirey, 1934.

MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1899.

III. Articles, chroniques, doctrine.

Doctrine et science juridique.

ATIAS (C.), Une doctrine de combat pour un droit menacé, *Mélanges C. Mouly*, p.13.

AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.) ET TERRE (F.), Antithèse de l'« entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), *Dalloz*, 1997, chroniques, p.229.

BIENVENU (M.), Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif, *Droits*, n°1, 1985, p.156.

BREDIN (J.-D.), Remarques sur la doctrine, *Mélanges P. Hébraud*, p.111.

CACHARD (O.), Aux grands arrêts, les juristes reconnaissants... Brefs propos sur l'« anonymisation » des décisions de justice, *Dalloz*, 2004, point de vue, p.429.

CARBONNIER (J.), Il y a plus d'une définition dans la maison du droit, *Droits*, 1990, n°2, p.5.

CARBONNIER (J.), Notes sur des notes d'arrêt, *Dalloz*, 1970, chroniques, p.137.

CESARO (J.-F.), GAUTIER (P.-Y.) ET LEDUC (F.), Peut-on cesser d'accabler les universités ?, *Dalloz*, 2005, point de vue, p.2332.

DROITS, 1994, n°20 : « La doctrine ».

DURAND (P.), La connaissance du phénomène juridique et la tâche de la doctrine moderne du droit privé, *Dalloz*, chroniques, p.73.

GAUTIER (P.-Y.), L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, *Dalloz*, 2003, chroniques, p.2839.

- GAVALDA (C.), La doctrine éclatée, *Mélanges M. Jeantin*, p.41.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) ET VAISSE (S.), Estimer la doctrine : l'art... et la manière, *RTD civ.*, 1996, variétés, p. 313.
- GUINCHARD (S.), Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation (qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) ?, *Mélanges F. Terré*, p.761.
- GUTMANN (D.), La fonction sociale de la doctrine juridique, *RTD civ.*, 2002, variétés, p.455.
- HILAIRE (J.), Question autour de la jurisprudence des arrêts, dans *les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, sous la direction de S. DAUCHY et V. DEMARS-SION, Centre d'histoire judiciaire (CNRS-Lille II), 2002, p.83.
- JAMIN (C.), La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées, *Mélanges C. Mouly*, p.69.
- JAMIN (C.), L'oubli et la science : regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles, *RTD civ.*, 1994, p.815.
- JESTAZ (P.) ET JAMIN (C.), L'entité doctrinale française, *Dalloz*, 1997, chroniques, p.167.
- LE TOURNEAU (P.), La plume professorale est libre !, *Dalloz*, 1995, chroniques, p.273.
- MALAUURIE (P.), Les grands juristes, *Hommage à R. Drago*, 1996, p.59.
- MALAUURIE (P.), Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Economica, 1980, tome 21, p.81.
- MARMISSE (A.), De la responsabilité civile délictuelle au XX^e siècle, *Petites Affiches*, 19 septembre 2002, p.4.
- MOLFESSIS (N.), Les prédictions doctrinales, *Mélanges F. Terré*, p.141.
- MOULY (C.), La doctrine, source d'unification internationale du droit, *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p.351.

- POUMAREDE (J.), Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse, dans C.JOURNES, *La coutume et la loi, études d'un conflit*, P.U.Lyon., 1986, p. 97.
- RIVERO (J.), Apologie pour les faiseurs de systèmes, *Dalloz*, 1951, chroniques, p.99.
- SERIAUX (A.), Les sources du droit, vision jusnaturaliste, *Revue de la recherche juridique*, 1990, n°8, p.166.
- TOUFFAIT (A.) ET TUNC (A.), Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation, *RTD civ.*, 1974, p.487.
- TRICOT (D.), L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation, *JCP*, doctrine, p.225, n°508.
- VENTRE-DENIS (M.), La Faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration, l'affaire Bavoux, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n°5, p.33.

Droit pénal.

- ANDREJEW (I.), Des problèmes de diagnostic en droit pénal, *Mélanges P. Bouzat*, 1980, p.13.
- BURGELIN (J.-F.), La Cour de cassation en question, *Dalloz*, 2001, point de vue, p.932.
- BOUZAT (P.), La loyauté dans la recherche de la preuve, *Mélanges L. Huguency*, p.155.
- BROUCHOT (J.), L'arrêt Laurent-Atthalin, sa genèse et ses conséquences, *Mélanges M. Patin*, p.419.
- CHAZAL (J.), Le petit enfant dans l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante, *Gaz. Pal.*, 1955, doctrine, p.26.
- CHEVALLIER (J.-Y.), L'état de nécessité (le rôle du Doyen Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif), *Mélanges P. Bouzat*, p.117.
- DE LAMY (B.), La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *Dalloz*, chroniques, p.1910 et p.1982.

- DE LAMY (B.), Doctrine pénaliste, *Dictionnaire des criminelles*, sous la direction de S. LOPEZ ET S. TZITZIS, Dalloz, 2004, p.263.
- DELMAS-MARTY (M.), Pour des principes directeurs de législation pénale, *Rev. sc. crim.*, 1985, p.225.
- DOLL (P.-J.), De la légalité des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire, *Dalloz*, 1965, p.125.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, *Revue internationale de droit pénal*, 1950, p.339.
- DOUCET (J.-P.), La loi applicable à l'action civile, *Mélanges G. Levasseur*, p.89.
- FAVOREU (L.), La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, vers un droit constitutionnel pénal, *Mélanges A. Vitu*, p.169.
- GASSIN (R.), L'influence du mouvement de défense sociale sur le droit pénal français contemporain, *Mélanges M. Ancel*, tome I, p.134.
- HERZOG (J.-B.), Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'humanité, *Revue internationale de droit pénal*, 1947, p.155.
- LAINE (A.), Introduction, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1905, p.1.
- LAINGUI (A.), La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècle), *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, p.75.
- LAZERGES (C.), Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime, *Rev. sc. crim.*, 1999, p.166.
- LAZERGES (C.), Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, *Rev. sc. crim.*, 2001, p.7.
- LAZERGES (C.), De la fonction déclarative de la loi pénale, *Rev. sc. crim.*, 2004, p.194.
- LEGEAIS (R.), Le rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence pénale française, *Mélanges R. Legeais*, p. 449.

- LE MARC'HADOUR (I.), Arrestographie et doctrine pénale dans la France moderne (XVII^e-XVIII^e siècles), dans *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, sous la direction de S. DAUCHY et V. DEMARS-STON, Centre d'histoire judiciaire (CNRS-Lille II), 2002, p.329.
- LEVASSEUR (G.), Napoléon et l'élaboration des codes répressifs, *Mélanges J. Imbert*, p.371.
- LEVASSEUR (G.), Une révolution en droit pénal, le nouveau régime des contraventions, *Dalloz*, 1959, chroniques, p.121.
- LOMBOIS (C.), Le droit pénal international dans l'avant-projet du Code pénal, *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p.55.
- MAGNOL (J.), Est-il désirable d'avoir à côté du Code pénal et du Code de procédure pénale, un Code d'exécution des peines ?, *Revue internationale de droit pénal*, 1931, p.348.
- MAGNOL (J.), Les mesures de sûreté dans le projet de révision du Code pénal français, *L'Egypte contemporaine*, 1938, p.293.
- MAGNOL (J.), Une expérience de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, *Revue internationale de droit pénal*, 1946, p.58.
- MAISTRE DU CHAMBON (P.), La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence, *JCP*, 1989, I, n°3422.
- MALABAT (V.) ET SAINT-PAU (J.-C.), Le droit pénal général malade du sang contaminé, *Dr. pén.*, février 2004, chronique n°2, p.4.
- MARGUENAUD (J.-P.), La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes, *Dalloz*, 2000, chroniques, p.249.
- MARTINAGE (R.), Les arrêts en matière pénale dans les ouvrages juridiques du XVI^e siècle, dans *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, Centre d'histoire judiciaire (CNRS-Lille II), 2002, p.307.
- MASSE (M.), Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur Code pénal, *Rev. sc. crim.*, 1990, p.395.
- MAYAUD (Y.), *Ratio legis* et incrimination, *Rev. sc. crim.*, 1983, p.597.

- MAYAUD (Y.), L'empoisonnement, une logique de mort. A propos de l'affaire du sang contaminé, *Rev. sc. crim.*, 1995, p.347.
- MAYAUD (Y.), La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César, *Dalloz*, 2001, chroniques, p.3454.
- MAYAUD (Y.), Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux, *Dalloz*, 2004, chroniques, p.194.
- MAYER (D.), L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France, *Rev. sc. crim.*, 1988, p.439.
- MELANGES F. GENY, Tome III: le droit pénal, 1934, p.257.
- MERLE (R.), L'action de Jean Foyer en matière pénale au ministère de la Justice, *Mélanges J. Foyer*, p.165.
- PALAZZO (F.), Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux, *Rev. sc. crim.*, 2003, doctrine, p.709.
- PRADEL (J.), Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan, *Dalloz*, 1997, chroniques, p.375.
- PRADEL (J.), La loi n°2002-307 du 4 mars 2002, un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, *Dalloz*, 2002, chroniques, p.1693.
- PRADEL (J.), Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité, *JCP*, 2004, doctrine, n°132, p.821.
- REVUE PENITENTIAIRE DE DROIT PENAL, Le centenaire du Code pénal, 1910, p.905.
- REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE, Le cent-cinquantième du Code pénal, 1960, p.383.
- RASSAT (M.-L.), Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier, *Dr. pén.*, juillet 1996, chronique n°28, p.1.
- ROBERT (J.-H.), Du caractère continu ou instantané du délit d'ingérence selon l'article 432-12 du nouveau Code pénal, *Dr. pén.*, 1994, chronique n°10, p.1.
- ROBERT (J.-H.), Imputation et complicité, *JCP*, 1975, I, n°2720.

- ROBERT (J.-H.), L'histoire des éléments de l'infraction, *Rev. sc. crim.*, 1977, p.269.
- ROBERT (J.-H.), L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires, *Mélanges J. Larguier*, p.241.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.), Essai d'une théorie générale de la justification, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1982.
- SICARD (G.), Doctrine pénale et débats parlementaires : la réformation du Code pénal en 1831-1832, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1990, p.137.
- VARAUT (J.-M.), Contenu doctrinal du Code pénal de 1810, *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p.87.
- VARINARD (A.), La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal, *Mélanges A. Chavanne*, p.165.
- VENTRE-DENIS (M.), Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873), un juriste dans son siècle, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1995, p.173.
- VOUIN (R.), Le recel et la détention des choses, *Dalloz*, 1972, chroniques, p.281.

Table des matières

PREFACE	7
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION	15
1^{RE} PARTIE : LA SYSTEMATISATION LOGIQUE DU DROIT	25
CHAPITRE 1. LA MISE EN PLACE D'UN SYSTEME PENAL	29
SECTION 1. L'OPERATION PREALABLE : L'IDENTIFICATION DES SOURCES FORMELLES DU DROIT PENAL.....	29
§ 1. <i>La doctrine, arbitre des sources</i>	30
A. La doctrine, formatrice des juristes.....	30
B. La doctrine, autorité morale.....	33
§ 2. <i>Les sources formelles du droit pénal</i>	38
A. La source première : la loi.....	38
B. Une source rendue telle par la doctrine : la jurisprudence.....	42
SECTION 2. L'ELABORATION DU SYSTEME	44
§ 1. <i>Une intervention originelle</i>	45
A. La codification.....	45
B. La construction d'un droit : le droit international pénal	50
§2. <i>La mise en place d'une dogmatique</i>	52
A. Les principes	53
B. Les théories générales	57
CHAPITRE 2. L'ENTRETIEN DU SYSTEME MIS EN PLACE	63
SECTION 1. L'INTERPRETATION DES NORMES.....	63
§ 1. <i>Le besoin d'interprétation</i>	64
A. La connaissance de tout le droit pénal	64
B. La compréhension du véritable sens des lois	67

§ 2. <i>La réponse apportée à ce besoin par la doctrine</i>	70
A. Les méthodes d'interprétation	70
B. Les outils d'interprétation	73
SECTION 2. LA CRITIQUE	76
§ 1. <i>La critique du législateur</i>	76
A. Les raisons de cette critique.....	76
B. Les moyens particuliers de cette critique.....	80
§ 2. <i>La critique des praticiens</i>	82
A. La rupture de l'Ecole et du Palais.....	82
B. Les conséquences de cette rupture.....	83
§ 3. <i>La critique de la doctrine</i>	87
A. « A l'entrée »	88
B. « Au cours ».....	88
2^E PARTIE : LE RÔLE PROSPECTIF DE LA DOCTRINE PENALISTE	91
CHAPITRE 1. L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE.....	95
SECTION 1. L'INFLUENCE SUR LE LEGISLATEUR	95
§ 1. <i>Une influence implicite</i>	96
A. La réaction du législateur aux critiques	96
B. Les avant-projets de code.....	100
§ 2. <i>Une influence « idéologique »</i>	103
A. La rédaction des Codes répressifs	103
B. L'influence des auteurs et des mouvements doctrinaux	107
SECTION 2. L'INFLUENCE SUR LE JUGE.....	110
§ 1. <i>Une influence pédagogique</i>	111
A. Un mode de raisonnement propre au procès pénal	112
B. Des apports linguistiques essentiels	116
§ 2. <i>Une influence technique</i>	118
A. Une influence directe	118
B. Une influence indirecte.....	121
CHAPITRE 2. LES PREDICTIONS DOCTRINALES SUR L'EVOLUTION DU DROIT PENAL.....	127
SECTION 1. LES NOUVEAUX DOMAINES D'INTERVENTION DE LA DOCTRINE	128
§ 1. <i>La matière pénale et les droits fondamentaux</i>	128
A. L'influence du droit européen sur le droit pénal	129
B. Le « droit constitutionnel pénal ».....	133
§ 2. <i>L'internationalisation du droit pénal</i>	137
A. La doctrine, gardienne et unificatrice du droit international pénal.....	138
B. Le droit pénal comparé.....	139

SECTION 2. LES DIFFICULTES A ANTICIPER L'EVOLUTION DU DROIT PENAL	143
§ 1. <i>La technicité du droit pénal</i>	143
A. La technique de la régulation.....	144
B. La technicité de la réglementation.....	146
§ 2. <i>L'instabilité du droit pénal</i>	148
A. La défaillance des outils législatifs de stabilisation.....	149
B. Le retour prétorien aux fondements de la légalité criminelle..	150
CONCLUSION.....	153
INDEX	155
BIBLIOGRAPHIE.....	159
TABLE DES MATIERES.....	171

LE RÔLE DE LA DOCTRINE EN DROIT PENAL

La doctrine pénaliste est indéniablement une autorité agissante au sein de son droit. En amont, elle a contribué à la construction et à l'ordonnement du droit pénal moderne, en présentant de manière cohérente un ensemble de normes et en concourant à en fixer la valeur et les relations, influençant même parfois leur création. De manière plus contemporaine, elle a entretenu cette harmonie au fil du temps et des réformes. En aval, la doctrine a su s'adapter aux mutations incessantes d'un droit de plus en plus instable.

Cet ouvrage s'intéresse à quelques aspects d'un phénomène peu étudié, en s'interrogeant tant sur le rôle fondateur et classique joué par la doctrine pénaliste que sur son office actuel, et sur les difficultés des auteurs pour agir au sein d'un droit aux influences multiples et aux caractères déformés. Elle reste ainsi, au sein du droit pénal, un solide facteur de stabilité, et donc de sécurité juridique.

Ces pages tentent de rendre compte du caractère évolutif de la doctrine pénaliste, et de mettre en exergue une constante : la nécessité de l'intervention doctrinale dans la lutte pour la cohérence du droit pénal.

Théorie des sources – Doctrine – Opinion – Jurisprudence – Principe de légalité – Interprétation – Critique – Prospective.

Guillaume BEAUSSONIE est doctorant en droit privé et sciences criminelles à l'Université des Sciences sociales de Toulouse.