

qui n'ont pas encore le bonheur de vivre sous un gouvernement national, qu'ils doivent tendre vers ce but, non-seulement pour jouir des droits politiques, pour ne pas payer des impôts qu'ils n'ont pas votés et dont on ne leur rend aucun compte, pour développer leur industrie et leurs talents, et pour s'élever peu à peu à toute la dignité dont l'espèce humaine est capable, mais aussi parce qu'alors, et alors seulement, ils pourront vivre sous une législation criminelle qui ne dispose pas arbitrairement, capricieusement, dans les ténèbres, de leurs droits, de leur fortune et de leur vie.

CHAPITRE III.

COMMENT DOIT-ON PROCÉDER A LA FORMATION DE LA LOI PÉNALE ?

Il serait superflu de démontrer l'influence que peuvent avoir sur la bonté intrinsèque des lois les procédés employés dans l'œuvre de la législation.

Distinguons les formes générales de la législation, des formes qui peuvent plus spécialement s'appliquer à la loi pénale. Les premières appartiennent au droit public ; nous sortirions des limites de notre sujet, en voulant les examiner.

En Angleterre, la rédaction des projets de lois est encore ce qu'elle était il y a quelques siècles : un chaos où chaque mot utile est noyé dans une foule de paroles inutiles. Le parlement, plus occupé du fond que de la forme, ne paraît pas se douter qu'il est temps de briser le moule où la vieille Angleterre jetait ses *bills*.

En France, la majorité pourrait imposer silence à la minorité, et constituer ainsi le nombre et la force, seuls juges de la bonté d'un projet de loi. Et ce n'est pas là le seul vice du règlement des chambres de France.

A Lausanne, l'assemblée législative n'a pas le droit d'amendement ; elle ne peut que rejeter ou accepter

tels quels, les projets du conseil d'État. Aussi des lois utiles, nécessaires même, sont-elles renvoyées d'année en année, l'Assemblée ne voulant pas les accepter sans modifications. Si les deux pouvoirs se font mutuellement, à chaque session, une petite concession, on obtient à la fin, de lassitude, une loi qui n'est ni aussi bonne qu'elle pourrait l'être, ni aussi mauvaise qu'elle l'était dans le premier projet.

Ces exemples pris au hasard suffisent à prouver quelle influence les formes de la législature peuvent avoir sur la bonté des lois. Or, certes, lorsque cette influence est fâcheuse, elle l'est d'autant plus, par la nature des choses, qu'elle s'exerce sur les lois pénales.

En abordant l'examen des formes spéciales de la loi pénale, une première et grande question se présente à l'esprit, la question de la *codification*.

Cette question de haute philosophie législative, qui depuis quelques années a fortement occupé les hommes les plus distingués, nous paraît devoir être envisagée sous deux faces différentes.

Dans sa plus grande généralité, elle consiste à savoir si un système de droit national, développé successivement, au fur et à mesure des exigences sociales, par quelques lois, si l'on veut, mais essentiellement à l'aide des coutumes, de la doctrine des jurisconsultes et des précédents judiciaires, n'est pas préférable à un système de droit fondé directement par le législateur, moyennant un ensemble plus ou moins volumineux de lois écrites; en d'autres termes, par un Code.

Considérée sous un point de vue plus restreint, la question de la *codification* est celle-ci : dans un État dépourvu de lois, ou ayant besoin d'une grande réforme dans son système de droit, le législateur doit-il procéder peu à peu, par lois spéciales, ou bien concevoir tout à la fois un système complet, et le former d'un seul jet, c'est-à-dire remplacer d'un seul coup tout ce qui existe par un Code ?

On dénaturerait, à notre avis, la pensée des adversaires de la *codification*, si l'on croyait qu'ils entendent appliquer leurs doctrines aux lois pénales. Profonds dans le droit civil, exclusivement occupés de suivre ce droit dans ses nombreuses ramifications et d'en dévoiler l'histoire, la loi pénale ne s'est présentée à leur esprit que comme un appendice sur lequel leur attention ne s'est guère arrêtée.

Le droit civil, en ce qui concerne la *codification*, présente des difficultés particulières. Son étendue est très-vaste; les sujets qu'il embrasse sont multipliés, variés; et, ce qui est plus important encore, quoiqu'on ne l'ait pas assez remarqué, la volonté de l'homme peut, par les déterminations les plus inattendues, par des combinaisons aussi imprévues que compliquées, déjouer les efforts du législateur et mettre en défaut sa sagacité. La loi civile qui saisit l'homme dans le sein de sa mère et qui le suit, pour ainsi dire, jusqu'au delà du tombeau, ne veut pourtant pas le priver de toute libre action dans la sphère des rapports de droit civil entre homme et homme. L'homme réagit sans cesse et immédiatement sur le droit civil : soit qu'il développe de nouveaux rapports

de personnes, d'obligation, de propriété; soit qu'il modifie ou qu'il combine, d'une manière nouvelle, les rapports déjà connus, il force l'autorité judiciaire à le suivre dans sa marche, dans ses détours, et à décider les questions et les cas particuliers qu'il lui a plu de faire naître, ne fût-ce que par bizarrerie.

Aussi, en regardant de près, s'aperçoit-on que le droit civil est composé de deux parties fort distinctes. L'une précise, impérative, absolue, ne laissant rien à la liberté de l'action individuelle, se rapprochant beaucoup de la nature des lois politiques et pénales: l'autre un peu vague, moins complète; nous voudrions pouvoir ajouter, malléable, ductile, par l'action individuelle, par l'influence immédiate de chaque fait nouveau. Quand la loi civile a fixé les règles de capacité et les formes à suivre pour le mariage, réglé la tenue des registres de l'état civil, annulé toute substitution, déterminé les formes du système hypothécaire, etc., tout est dit sur ces matières. S'il naît des questions, c'est que la loi est obscure, incomplète. Elle aurait pu être complète et claire. Mais la volonté de l'homme, du simple particulier, ne peut rien au delà de la loi. S'il se marie contre la règle établie, son mariage pourra être annulé; s'il fait une substitution, elle demeurera sans effet; s'il n'inscrit pas ou s'il inscrit mal son hypothèque, il sera primé.

Mais la vente, la location, le mandat, le contrat de société, et tant d'autres transactions, ne sauraient être réglées de la sorte. Là, la libre volonté de l'homme conserve presque tout son jeu. Là mille combinaisons diverses, variées, nouvelles, sont possibles,

probables, licites; elles ne sauraient être défendues, qu'on le remarque bien, sans arrêter le mouvement matériel de la société, sans faire de l'homme une machine, sans nous ramener à un autre temps, à une autre organisation sociale, à un système de droit, strict, immuable, incompatible avec notre civilisation progressive.

On n'a connu pendant longtemps que les assurances maritimes. Les législations commerciales ont réglé ce contrat; la jurisprudence a développé et appliqué ces règles. Mais le monde a marché; l'esprit d'association s'est montré sous des formes nouvelles: on a compris qu'il y avait d'autres risques qu'on pouvait rendre presque inoffensifs en les partageant; de là, les assurances terrestres et les assurances sur la vie. Mais l'homme marche à sa fantaisie et la loi boite. L'homme réclame, et la loi est sourde. C'est la jurisprudence qui suit l'homme forcément et qui l'écoute toujours. L'homme ne lui dicte pas ses arrêts, mais par sa libre volonté il la force à en prononcer¹.

Il serait aussi curieux qu'important d'examiner quelle a été et quelle doit être, dans les divers états de société, la partie coactive et la partie libre du droit

¹ Cicéron a signalé un autre point de vue sous lequel le droit civil se détache du droit pénal. « Omnia judicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum malefactorum causa reperta sunt: quorum alterum levius est, propterea quod et minus lædit, et persæpe disceptatore domestico dijudicatur; alterum est vehementissimum, quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit. » Pro. Cæcina, cap. II.

(Note de l'auteur.)

civil. Nous ne pouvons qu'indiquer cette belle et importante recherche ¹.

Or que peut le législateur le plus intelligent, le plus habile, pour cette seconde partie du droit civil? S'il est sage, il se bornera à établir les *principes dirigeants* de chaque matière ², et s'abandonnera pour le reste à la jurisprudence nationale; et il s'y abandonnera avec confiance, s'il a su donner à son pays de fortes études, une excellente organisation judiciaire et une bonne procédure.

Peut-être même, en examinant de plus près la nature de l'autre partie du droit civil, arrivera-t-il à une conclusion analogue. C'est-à-dire qu'en séparant du fond du sujet ce qui est réglementaire et de forme, ce qui par conséquent appartient décidément à l'action législative, il trouvera qu'il reste encore un champ assez vaste de combinaisons diverses et jusqu'à un certain point libres, pour lesquelles il ne peut également qu'établir des principes dirigeants, et les abandonner ensuite à la jurisprudence nationale.

Quoi qu'il en soit, si ces considérations suffisent à prouver que les ennemis de toute *codification* ont soutenu une doctrine qui ne laisse pas de s'appuyer sur une connaissance intime du droit civil, de sa marche

¹ Cette distinction entre les exigences absolues, impératives de la loi, et la latitude laissée à l'*individualité*, peut jeter une grande lumière sur l'histoire du droit civil de tous les pays, et expliquer ses principales phases.

(Note de l'auteur.)

² Dans les *Annales de législation et de jurisprudence* qui se publiaient à Genève, nous avons essayé d'expliquer ce que nous entendons par *principes dirigeants*. Ils sont autres que les principes généraux. Il est essentiel de ne pas s'y tromper.

(Note de l'auteur.)

et de son histoire, elles nous paraissent suffire, de l'autre côté, à montrer ce qu'il peut y avoir d'exagéré dans leur système. Un nombre plus ou moins grand, mais toujours assez considérable, de lois écrites, qu'elles soient ou non réunies en un Code, est toujours nécessaire pour asseoir les bases et déterminer les formes du droit civil. Nous ne voulons d'autre exemple que le système hypothécaire. Qu'on compare ce système, tel qu'il est organisé par la loi française, et mieux encore par les lois prussienne, bavaroise et autres, avec ce qu'il était sous l'empire du Droit romain: il faudrait être aveugle pour ne pas reconnaître que les lois que nous venons de citer, que ces diverses *codifications* hypothécaires, ont été un bienfait social. Cependant ce n'est que par l'action législative que ce bienfait pouvait être opéré. Dans nos systèmes politiques, on ne pourrait pas songer sérieusement à des préteurs fabriquant à leur gré des règlements généraux, des édits; tranchons le mot, des lois.

C'est dire que, même dans le droit civil, tout ce qui est principe dirigeant, prohibition et forme (au fond les formes ne sont que des prohibitions) doit être, de nos jours, l'œuvre de la loi proprement dite.

Nous avons quelques regrets d'avoir abordé ici un sujet que les bornes et la nature de notre travail nous empêchent d'approfondir et de développer. Cependant il nous paraît suffisamment résulter du peu que nous en avons dit, que la question de la *codification* prise dans son sens le plus général, n'est nullement applicable au droit pénal.

Ce droit est tout de prohibition. Son champ est

peu étendu, il ne touche qu'à certaines parties du droit général. Même dans ces parties, le droit pénal ne s'empare que des faits assez graves pour qu'il soit nécessaire de les réprimer par une *peine*. Sous ce point de vue, il se sépare donc, *toto cælo*, du droit civil.

Il s'en sépare aussi, en ce qu'il ne crée point, comme le droit civil, la nécessité de juger, bon gré, mal gré, des cas imprévus et nouveaux. La lutte judiciaire n'est plus entre individu et individu ; la partie lésée peut toujours réclamer un dédommagement, lors même qu'il n'y aurait point d'ouverture à une action pénale. La société ne court point de danger en laissant impuni un fait isolé, non prévu par la loi positive ; elle trouve sa défense dans la loi qu'elle peut sanctionner pour les faits semblables qui pourraient encore se commettre.

Au surplus, nous avons déjà suffisamment établi la nécessité d'une loi pénale préexistante et publiée, pour légitimer le droit de punir. Ici nous voulions seulement prouver que le droit pénal devait, en toute hypothèse, demeurer étranger à la question de la *codification*, prise dans son sens le plus général.

Il n'en est pas de même quand la question se borne à savoir s'il vaut mieux procéder par lois spéciales ou créer tout d'un coup une législation pénale complète ; en d'autres termes, faire un Code.

La question ne peut guère s'élever que dans un pays dépourvu de lois pénales, ou possédant une législation criminelle qu'on estimerait très-mauvaise.

Partout où il existe une législation corrigible, il y

aurait folie, et, à vrai dire, les hommes investis du pouvoir législatif n'y songeraient pas même, à mettre de côté ce que l'on possède, ce qui est connu, pratiqué, infiltré, si l'on peut s'exprimer ainsi, dans les mœurs et les habitudes nationales, par l'envie de faire du nouveau ou d'opérer, comme on dit, méthodiquement.

Faire du nouveau ! Mais si une partie de ce qui existe est bon, pour faire du nouveau il faudrait de gaieté de cœur se jeter dans le mauvais. Si l'on conserve tout ce qui est bon, dans sa forme actuelle, on est hors de la question ; si l'on veut lui donner une forme différente, on fait du législateur un académicien. Ce n'est plus à la loi, mais à la facture d'un livre qu'on songe. On confond un traité avec un Code¹. Quoi ! pour une division plus symétrique, pour un langage plus pur, pour une rédaction plus élégante, on bouleverserait toutes les habitudes, on ramènerait au noviciat citoyens, jurisconsultes, magistrats, on essayerait d'effacer d'un seul trait une jurisprudence œuvre de longues années !

Les *codificateurs* oublient trop souvent que leurs divisions systématiques, excellentes pour un livre, sont beaucoup moins utiles dans un Code ; que les délits ne se commettent pas, que les causes ne se présentent point dans l'ordre de leurs idées ; qu'un arrangement trop étudié dans le livre de la loi, n'est

¹ « In legibus, non tam *stylus* et *descriptio*, quam *auctoritas*, et hujus *patronus antiquitas*, spectanda est. Alias videri possit hujusmodi opus, *scholasticum* potius quoddam, et *methodus*, quam *corpus legum imperantium*. » Bacon. *de Certit. leg.*, aph. 62.