

#### CHAPITRE IV.

##### QUE DOIT CONTENIR LA LOI PÉNALE ?

La question de savoir ce que la loi pénale doit contenir, est une des questions les plus importantes et les moins explorées du droit criminel.

On a posé des principes, mais on ne s'est guère occupé de la manière dont ils devaient être appliqués. On a peu songé aux règles qu'on devait suivre dans la distribution des rôles entre le législateur et le juge.

Cependant c'est là un problème capital.

Le législateur procède par généralités. Le juge intervient dans chaque cas individuel.

Exagérez l'action du premier, vous aurez une justice en quelque sorte abstraite, dure, inflexible, égale pour tous en apparence, inique en réalité.

Exagérez l'action du second, et vous aurez une administration de la justice qui se rapprochera, il est vrai, par ses formes extérieures, de la justice morale, mais qui en réalité sera dépourvue des garanties nécessaires contre les caprices de la faveur et de la haine.

L'homme n'est pas assez habile pour faire des lois positives qui satisfassent, dans chaque cas particulier, à tout ce qu'exigent la justice et le bien public.

Il n'est pas assez vertueux pour qu'on lui confie l'administration de la justice sociale, sans autre règle de conduite que les préceptes de la justice morale et la libre appréciation des exigences de l'ordre politique.

De là résulte la nécessité de combiner, dans certaines limites, le commandement du législateur avec la libre action de la conscience humaine dans chaque cas particulier ; la loi positive et générale avec l'équité du juge.

Cette combinaison doit se retrouver et dans la loi pénale proprement dite, et dans celle qui organise le pouvoir judiciaire, et qui détermine les formes de la procédure. C'est dans la nécessité de cette combinaison que se trouve un des motifs les plus impérieux pour l'établissement du jury.

Mais ce n'est pas ici que nous devons traiter de ce qui concerne l'organisation judiciaire et les formes de la procédure. Bornons-nous à la loi pénale proprement dite.

Déjà, en développant les diverses parties de notre sujet, nous avons indiqué, toutes les fois que l'occasion s'est présentée, le point où la loi écrite doit s'arrêter et laisser un libre essor au pouvoir judiciaire. Aussi pourrions-nous nous borner à de simples renvois ; mais nous estimons que la réunion, en un seul faisceau, des observations principales qui se trouvent éparses dans les divers chapitres de l'ouvrage, ne sera pas sans quelque utilité pour le lecteur. Nous pourrions en même temps ajouter quelques remarques qui n'ont pu trouver place ailleurs.

La loi positive se compose du dispositif et de la sanction pénale. Quelles sont, pour l'un et pour l'autre, les limites que le législateur ne doit pas se permettre de dépasser dans la loi pénale ? Où commence le pouvoir du juge, la libre appréciation des cas individuels par sa conscience et son jugement ?

*Dispositif.* 1° Il appartient au législateur de décider quels sont, parmi les actes immoraux, ceux que la justice pénale doit réprimer. Point de délit *légal*, quel que soit l'acte en soi, si la loi positive ne l'a pas explicitement placé au catalogue des délits.

Le juge criminel ne peut avoir aucun pouvoir *discretionnaire* à cet égard. Il se rend coupable de forfaiture, s'il procède au jugement sur un acte auquel il ne peut pas appliquer le texte d'une loi pénale qui ait été dûment publiée avant le fait qu'on lui dénonce.

Peu importe que le fait lui paraisse criminel, et par sa propre nature, et par les motifs les plus urgents d'utilité publique ; peu importe que la poursuite de ce fait lui paraisse justifiée par des raisons parfaitement semblables à celles qui ont déterminé le législateur à frapper d'une sanction pénale d'autres actes, même des actes analogues à celui dont il est question. Il ne s'agit pas ici d'une action civile. Le juge criminel peut et doit s'abstenir.

L'application de cette règle ne souffre pas de difficulté, lorsque le fait imputé est absolument étranger aux catégories comprises dans la loi pénale. Mais les poursuites illégales sont presque toujours dirigées contre les auteurs d'actes qui ont quelque analogie avec l'un ou l'autre des crimes prévus par la loi. Le

juge doit alors décider la question, souvent fort délicate, de savoir si effectivement l'acte imputé manque des caractères qui constituent le délit légal. Le droit d'interpréter la loi, ou pour mieux dire d'en rechercher le véritable sens, est un pouvoir dont on ne saurait le priver.

Le législateur doit s'efforcer de rendre la loi claire et précise. Le juge ne doit jamais oublier qu'en cas de doute il faut repousser l'application de la loi pénale. L'impunité d'un délit est un faible inconvénient, le législateur pouvant expliquer sa pensée pour tous les cas à venir.

2° Lorsqu'un acte immoral ne doit être poursuivi qu'autant qu'il est accompagné de certaines circonstances, ou lorsque la peine doit varier essentiellement selon ces circonstances, il appartient au législateur de les désigner nettement. Dans le premier cas elles deviennent les caractères constitutifs du crime légal ; dans le second, elles influent d'une manière trop grave sur l'action de la justice pour que le législateur puisse les passer sous silence, et se borner à donner une grande latitude à la sanction pénale, dans l'espoir que le juge n'appliquera une forte peine qu'aux faits accompagnés de l'une ou de l'autre de ces circonstances aggravantes.

3° Un crime pouvant être *préparé, tenté, manqué* et *consommé*, il appartient au législateur d'établir les règles qui doivent guider le juge dans l'appréciation de ces diverses gradations du fait criminel, les principes *dirigeants* d'après lesquels l'acte préparatoire se distingue de la tentative, celle-ci, du délit manqué,

et le délit manqué, du délit consommé. Il appartient au juge<sup>1</sup> de décider, dans chaque cas particulier, si les faits à la charge de l'accusé constituent l'une ou l'autre de ces dégradations.

4° Mais c'est encore au législateur qu'il appartient de statuer sur les questions de savoir si les *actes préparatoires* seront exempts de toute punition ; et

S'il doit y avoir des exceptions à cette règle.

5° Dans ce dernier cas, il ne doit pas seulement indiquer le crime dont même les seuls *préparatifs* donnent ouverture à l'action pénale ; mais il doit décrire les faits particuliers qui les constituent ; en d'autres termes, il doit ériger ces *actes préparatoires* en délit spécial et positivement caractérisé.

Si la nécessité le force dans quelques cas à s'écarter de cette règle, il doit alors trouver des moyens indirects de contenir dans les bornes de la justice les juges qu'il appelle, en quelque sorte, à créer le délit, à le déclarer constant et à le punir.

6° De même, les tentatives n'ayant pas toutes des caractères identiques, il appartient au législateur de décider quelles sont celles qui donnent lieu à l'action pénale. Il appartient au juge de reconnaître, dans chaque cas particulier, si les faits imputés constituent une des tentatives que le législateur a déclarées punissables, ou s'ils ne constituent qu'une tentative non punissable, telle, par exemple, qu'une tentative suspendue par la volonté de l'agent.

<sup>1</sup> Il est inutile de faire remarquer que nous prenons souvent le mot de *juge* dans un sens général. Certes, nous n'entendons pas exclure les *jurés*.

7° C'est aussi le législateur qui doit décider quels sont les délits dont même la tentative doit être punie, lorsqu'elle réunit d'ailleurs les caractères que la loi générale exige dans la tentative punissable.

8° Enfin, c'est au législateur à établir le principe dirigeant pour l'application d'une peine à la tentative, soit qu'il veuille l'assimiler au crime consommé, soit qu'il préfère reconnaître la différence qui existe réellement entre ces deux actes.

Dans le second cas, il doit se borner à établir la règle à suivre pour proportionner la peine à la gravité des diverses tentatives. Il appartient au juge de déclarer à quel degré de pénalité s'élève, d'après la nature des actes que l'accusé a commis, la tentative qui lui est imputée.

9° Des observations analogues s'appliquent au délit *manqué*. Mais la latitude laissée aux juges doit diminuer, puisque la distance qui sépare l'acte commis de l'acte consommé, a aussi diminué.

10° Quant à la *participation* de plusieurs personnes au même crime, c'est par la loi que doit être résolue la question de savoir si l'on reconnaîtra deux espèces de participation (*codélinquence* — *complicité*) ou une seule espèce.

C'est dans la loi qu'on doit indiquer d'une manière générale les caractères de la participation, et ceux qui distinguent la *codélinquence* de la *complicité*, si cette distinction est admise.

Mais l'appréciation des faits, dans leurs rapports avec le principe dirigeant établi par la loi, appartient

au juge. Si le législateur indique des faits particuliers, ce ne doit être que par forme d'explication et d'exemple.

La règle générale à suivre pour proportionner la peine aux divers genres de participation au crime, doit aussi être posée dans la loi.

11° Nous avons parlé jusqu'ici de l'acte criminel.

Si nous nous mettons maintenant à considérer plus particulièrement l'agent, nous verrons le domaine de la loi se resserrer, et celui du juge s'agrandir. En matière d'imputabilité, le législateur ne doit poser que des principes généraux.

Au reste, cette matière a un contact immédiat avec la loi de la procédure. Bornons-nous à quelques observations, plus spécialement relatives à la loi pénale.

12° La loi peut reconnaître en principe,

Que nul acte n'est imputable lorsqu'il n'y a pas eu le concours de l'intelligence et de la volonté de l'agent ;

Que ce concours est exclu par certains faits généraux, tels que l'enfance au-dessous d'un certain âge, l'état de démence, la contrainte par force irrésistible, etc.

Il appartient au juge de reconnaître si les faits, dans le cas particulier qui lui est déféré, rentrent dans l'un ou l'autre de ces faits généraux.

Mais nous ne craignons pas de répéter que le devoir commande aux juges de déclarer la non-culpabilité de l'accusé, toutes les fois que les faits particuliers leur ont inspiré la pleine conviction qu'il n'y a pas

eu concours de l'intelligence et de la volonté de l'agent dans l'acte matériel, quand même les faits ne rentreraient dans aucun des faits généraux de *justification* prévus par la loi,

Le juge qui, dans un tel cas, condamnerait l'accusé trahirait sa conscience et se rendrait moralement coupable d'un crime. Nulle loi n'est obligatoire dans ce cas. Le législateur, en passant sous silence une cause de justification, a commis un oubli au détriment de l'innocence, ou a voulu commander une iniquité. Dans le premier cas, on doit réparer son oubli ; dans le second, on ne doit pas obéir.

13° Le législateur peut aussi signaler les faits généraux d'*excuse*, du moins les faits les plus saillants, ceux qui exigent, soit une diminution notable de la peine, soit l'application d'une autre espèce de punition.

Mais il agirait d'une manière irrationnelle, il dépasserait les bornes de son pouvoir, s'il entraînait dans le détail des faits particuliers d'*excuse*, en défendant au juge d'admettre la preuve de ceux que la loi n'aura pas expressément prévus.

Il agirait irrationnellement si, par les termes absolus de la sanction pénale, il refusait au juge un pouvoir discrétionnaire, même pour les faits d'*excuse* que la loi aurait passés sous silence.

14° Ces règles n'admettent d'exception que dans le cas d'un crime tel que la *culpabilité élémentaire*, la perpétration, même en état de passion et de provocation, suffise pour que le coupable mérite le *maximum* de la peine *légale*.

15° Mais si la *culpabilité* même *élémentaire* n'existait pas ; si, par exemple, il n'y avait pas eu le concours de l'intelligence de l'agent ; si l'acte était le résultat de la négligence ; quel que fût l'acte matériel, le législateur ne peut contraindre le juge à appliquer la peine dont est menacé le crime volontaire.

16° Quant à la sanction pénale, il appartient au législateur de déterminer les espèces de peines que la justice sociale peut appliquer, le mode de leur exécution, et les conséquences accessoires de telle ou telle punition.

17° Il lui appartient de décider quelles sont les peines que le juge peut cumuler dans la même condamnation, et quels sont les cas où ce cumul doit ou peut avoir lieu.

18° De même, c'est au législateur à indiquer les cas où le juge pourra opter entre diverses espèces de peine et à déterminer les peines entre lesquelles l'option sera permise.

19° On doit aussi énumérer dans la loi les faits généraux, tels que l'âge, le sexe ou autres, qui peuvent exiger une exception pour l'espèce ou quotité de la peine à appliquer, indépendamment de toute considération relative à la culpabilité de l'agent.

20° Enfin, c'est le législateur qui doit fixer pour chaque délit la peine que *pourra* encourir le délinquant.

21° Le législateur qui abandonnerait au juge l'une ou l'autre de ces attributions, céderait au pouvoir judiciaire une partie du pouvoir législatif ; il dépouillerait les citoyens des garanties auxquelles ils ont droit ;

il ferait de la justice un pouvoir effrayant pour les uns, nullement redoutable pour les autres ; enfin il ôterait à la loi pénale une grande partie de son efficacité, en tant que moyen d'instruction et de crainte.

22° Mais le pouvoir législatif dégénérerait aussi en tyrannie, s'il ne se soumettait pas à certaines restrictions.

Ainsi, quant à la fixation de la peine pour chaque acte défendu par la loi pénale, il résulte des considérations précédentes, que le législateur, à l'exception d'un petit nombre de cas, ne doit jamais se permettre de fixer une peine qui ne soit pas susceptible de plus et de moins dans chaque application particulière : en d'autres termes, il doit presque toujours établir un *maximum* et un *minimum*, en laissant au juge le choix entre ces deux termes extrêmes, selon les circonstances.

23° Ce serait une erreur grave que de supprimer dans la loi l'un ou l'autre de ces termes, dans le but de laisser au juge une plus grande latitude dans l'application de son pouvoir d'équité.

La suppression du *maximum* nous rejeterait dans les inconvénients signalés ci-dessus (n° 20).

La suppression du *minimum* serait encore plus funeste, peut-être, pour l'ordre du public que celle du *maximum*. La loi perdrait de même une grande partie de son influence *préventive* sur l'esprit des citoyens. La jurisprudence des tribunaux serait incertaine, variable ; elle ne tarderait pas à offrir des disparates choquantes. Le juge aurait un moyen trop facile de céder, sans trop aventurer sa responsabilité morale,

à la prière, à l'intrigue, aux séductions de toute espèce. La suppression du *minimum* paraît favorable aux accusés; cependant ils auraient à craindre que les déclarations de culpabilité ne fussent prononcées trop légèrement, lorsque la conscience des juges pourrait, pour ainsi dire, transiger avec elle-même, en appliquant ou, s'ils étaient des jurés, espérant qu'on appliquera une peine très-légère.

24° Lorsque le législateur, par la gravité très-variable de l'acte défendu, est obligé de laisser au juge une grande latitude pour l'application de la peine, la loi peut établir en principe qu'elle reconnaît pour ces actes deux degrés essentiellement distincts de culpabilité, et qu'en conséquence le juge du fait sera tenu de déclarer si l'acte a été commis avec le premier ou le second degré de culpabilité.

En même temps le législateur doit fixer un *maximum* et un *minimum* de peine pour chacun de ces deux degrés de culpabilité.

Par ce moyen, le pouvoir *discrétionnaire* se trouve partagé entre le législateur, le juge et le jury.

Le législateur décide que les degrés principaux de culpabilité sont au nombre de deux, et prescrit la peine pour l'un et pour l'autre.

Le jury déclare, d'après les faits particuliers librement appréciés par sa conscience, quel est le degré de culpabilité dans le cas spécial.

Le juge choisit entre le *maximum* et le *minimum* de la peine que la loi a fixée pour ce degré, et il tient compte ainsi des nuances que la loi a négligées, et que le jury n'a pu exprimer.

Mais ce moyen que nous avons indiqué pour quelques cas, tels que la négligence, la complicité, et qui peut être étendu à plusieurs autres, suppose le jury.

Si les mêmes personnes étaient chargées de juger le fait et d'appliquer la loi, ces distinctions ne seraient plus que ridicules.

Au surplus, le jury est la condition de toute bonne justice pénale.

On ne saurait développer une théorie quelconque de droit pénal sans que cette vérité perce de toute part.

La justice pénale suppose une règle *préconstituée*, un pouvoir qui l'applique aux faits particuliers, une conscience qui apprécie ces faits et les livre ensuite à ce pouvoir. Or, qu'on nous permette de le répéter, la conscience de la justice sociale est dans le jury.