

RÉSUMÉ — Depuis la codification napoléonienne, la doctrine française en droit pénal a développé des caractères spécifiques par rapport aux autres formes de doctrine universitaire. Cet article essaie d'expliquer cette originalité par deux orientations successives vers l'éclectisme : la première jusqu'aux années 1880 est liée à la volonté de limiter une répression fondée sur l'utilitarisme, la seconde depuis la fin du XIX^e siècle est une tentative pour protéger la prétendue autonomie du droit pénal contre la criminologie.

Mots-clés : doctrine pénale, histoire, éclectisme, positivisme, utilitarisme

ABSTRACT — Since the Napoleonic codification, French doctrinal writing about criminal law has its own characters in comparison with other forms of legal scholarship. This paper tries to explain this originality by two successive trends towards theoretical eclecticism: the first until the years 1880 is linked with the desire to limit repression based on utilitarianism, the second since the end of 19th century is an attempt to protect the supposed autonomy of penal law against criminology.

Key words: criminal doctrine, history, eclecticism, positivism, utilitarianism

L'originalité de la doctrine pénaliste en France depuis la codification napoléonienne

Jean-Louis HALPERIN

*Professeur à l'École normale supérieure (Paris), UMR CNRS 7074
Centre de Théorie et d'Analyse du Droit*

L'existence d'une doctrine pénaliste en France au XIX^e et au XX^e siècle paraît relever de l'évidence, ne serait-ce qu'en faisant une rapide liste des commentaires du Code pénal napoléonien et des traités de droit pénal publiés depuis 1810. *A priori*, il y a une place bien identifiée au sein de « l'entité doctrinale française »¹ pour une doctrine spécialisée dans les questions relatives à la justice pénale et d'ailleurs les manuels ou traités ne manquent pas, en général, de consacrer quelques préliminaires à l'histoire de ces approches ou « solutions » doctrinales. Toutefois, avec leur point de vue « externe modéré », les historiens du droit peuvent s'interroger sur la méthode suivie par leurs collègues pénalistes et noter, dès l'abord, le glissement qui s'opère d'ordinaire entre l'expression d'une doctrine pénaliste française et celle des doctrines pénales présentées dans un contexte international de circulation des idées où les premiers rôles appartiennent à Beccaria, Bentham, Lombroso, Ferri ou Liszt plutôt qu'aux pénalistes français. Prolongeant notre réflexion entamée sur les « ambivalences des doctrines pénales » au XIX^e et au XX^e siècle, nous voudrions ici mettre l'accent sur les publications de pénalistes « français » (de naissance ou d'adoption comme Rossi) qui ont participé à la formation de la doctrine (et pas nécessairement d'une doctrine) depuis la codification napoléonienne. Nous pensons, en effet, que cette doctrine présente plusieurs traits originaux, notamment par rapport à la doctrine civiliste ou publiciste, et que la situation française a donné des colorations particulières à cette forme de discours pénal en raison du contexte politique, juridique et intellectuel propre à notre pays à l'époque contemporaine.

Sans négliger les éléments de continuité, sensibles dans le recours chez les auteurs du XIX^e siècle aux autorités des juristes romains ou de Farinacius (mais l'on peut se demander quel auteur du XX^e siècle cite encore ces textes de première main), nous pensons qu'il existe dans cette histoire doctrinale des moments de rupture et des évolutions sensibles d'une génération à une autre. Si l'on parle de « criminalistes » dans l'ancien droit, ces juristes sont souvent des généralistes (par exemple, Jousse) et même quand ils ont consacré l'essentiel de leur œuvre aux lois criminelles (Muyart de Vouglans dont le titre s'inspire, bien sûr, de celui de Domat), ils ont travaillé en interprètes d'une

1 Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La Doctrine*, Paris, Dalloz « Méthodes du droit », 2004, p. 139 et s.

tradition juridique fondée sur le droit savant et, pour ce qui concerne la France, les ordonnances royales traitant de cette matière. Comme Christian Debuyst, Françoise Digneffe et Alvaro Pires, nous considérons que la rationalité moderne d'un discours traitant la justice pénale comme une matière distincte commence avec Beccaria et avec l'avènement d'une pensée réformatrice qui étudie le droit pénal *de lege ferenda* en même temps que *de lege lata*². Dans ce sillage il nous semble que la doctrine française, travaillant sur le Code pénal de 1810, est née et s'est développée au XIX^e siècle en mêlant les deux figures opposées par Bentham du « commentateur » et du « censeur » (I). Plus tardivement, en se mouvant dans des canons universitaires et en se trouvant confrontée à l'essor de la criminologie, cette doctrine qui se voulait plus scientifique a paradoxalement restreint ces ambitions quant à l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur les évolutions du droit (II). L'éclectisme des pénalistes français a correspondu successivement à deux stratégies discursives très différentes.

I. — LE PREMIER ECLECTISME FRANÇAIS ET LES AMBITIONS LIBÉRALES DE LA DOCTRINE PÉNALISTE

La doctrine pénaliste française de la première moitié du XIX^e siècle, particulièrement celle prônée par Guizot³ et Rossi, a souvent été traitée d'éclectique dans sa recherche d'un équilibre entre le juste et l'utile⁴. Ce qualificatif met en valeur un des premiers traits de cette doctrine française : elle ne comprend pas de « grand » théoricien novateur et elle s'est positionnée par rapport aux thèses plus tranchées d'illustres penseurs étrangers (Beccaria, Kant, Bentham), Rossi faisant figure d'exception. Il faut rappeler à ce propos que l'illustre pénaliste italien écrit et publie en français à Genève (où il est professeur) en 1829 son *Traité de droit pénal*, cinq ans avant d'être naturalisé français et dans la foulée (8 jours après !) d'être nommé professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris dont il fut doyen de 1843 à 1845, sans jamais y enseigner le droit pénal. Il convient aussi de noter combien le réflexe comparatiste a été présent de manière beaucoup plus précoce chez les pénalistes que les civilistes, comme en témoignent les publications de Mittermaier dans les revues françaises⁵, les citations des codes pénaux de Bavière, de Louisiane ou de Brésil, la nomination d'Ortolan à une chaire de législation pénale comparée. De ce point de vue il n'y a pas une « école française » qui aurait cherché à s'illustrer par l'originalité de sa doctrine pénale, mais plutôt une réaction des juristes français aux stimuli extérieurs qu'ils soient favorables (de Beccaria à Rossi) ou plus critiques (pour Bentham). Dans certains cas, ces influences extérieures sont avouées alors que, dans d'autres configurations, elles sont plutôt dissimulées.

2 Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Alvaro P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Bruxelles, Larcier, 2008, t. II, p. 36.

3 François-Pierre-Guillaume Guizot, *De la peine de mort en matière politique*, Paris, Béchet aîné, 1822.

4 Paul Cuche, *Précis de droit criminel*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 1937, p. 6 ; Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, p. 117.

5 Ainsi que les traductions de ses livres, notamment le *Traité des preuves en matière criminelle*, Paris, de Cosse et N. Delamotte, 1848.

Le cas exceptionnel de Rossi nous amène à un deuxième trait de la doctrine française, particulièrement sensible dans la première moitié du XIX^e siècle, sans pour autant avoir disparu au siècle suivant (il suffit de songer au rôle de Marc Ancel). Les commentaires du Code pénal et plus généralement les travaux de droit pénal sont l'œuvre de magistrats (Carnot dans les années 1820, Bonneville de Marsangy dans les années 1840, Gustave Le Poittevin dans les années 1880-1900), de fonctionnaires du ministère de la Justice (Le Graverend, Hélie, Tarde correspondant aux trois générations précédentes), d'avocats (Chauveau dont la collaboration avec Faustin Hélie débute avant son accession à une chaire de droit administratif à Toulouse en 1838-1841, Alauzet, Lucas, Maurice Garçon) autant que des professeurs de droit (Ortolan, Trébutien, plus tard René Garraud et Émile Garçon). Il y a eu aussi des professeurs de droit pénal qui ont pas ou peu écrit – Boistel, Desjardins, Alfred Le Poittevin – et des professeurs qui ont été actifs dans la doctrine pénaliste sans pour autant se réduire à la figure de spécialistes du droit pénal (Rossi dans une certaine mesure, Bertauld, Molinier, Saleilles, Cuhe). Il faut rappeler que l'organisation des écoles (puis facultés de droit), fixée en 1804, laisse une place très réduite et très surveillée (comme le montre en 1819 la suspension du cours du suppléant Bavoux auquel on reprochait une critique en chaire d'un article du Code pénal) à un enseignement réunissant en une seule année (avec un seul professeur, puis deux à Paris à partir de 1819) la procédure civile, la procédure pénale et la législation criminelle. Ainsi Pigeau, Berriat-Saint-Prix⁶, Bonnier ont enseigné les matières pénales et parfois publié des textes dans ce domaine tout en faisant porter l'essentiel de leurs travaux sur la procédure civile. Ortolan est, en 1837, le premier professeur nommé à une nouvelle chaire de législation pénale comparée (puis de droit criminel et de législation comparée) : sa nomination suscite bien des résistances, notamment parce qu'elle perturbe la distribution des cours de procédure civile et législation criminelle⁷. Il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour qu'apparaissent, en petit nombre, des chaires de droit pénal (à Paris pour Desjardins, puis Garçon et pour Le Poittevin, puis Huguency). Si la participation des magistrats et des avocats à la doctrine civiliste ou administrativiste n'est pas négligeable dans la première moitié du XIX^e siècle, le droit pénal se singularise par la place plus réduite occupée par les professeurs de faculté et par les cours en tant que modèle d'exégèse : il n'y a pas, en cette matière, d'œuvre comparable à celles de Toullier, Aubry et Rau ou Demolombe.

Nous en arrivons aux caractères qui distinguent nettement cette doctrine pénaliste de sa « grande sœur » civiliste consacrée au Code par excellence, que

6 Les *Cours de droit criminel* faits par Jacques Berriat Saint-Prix à Grenoble (Grenoble, Vve Peyrenard, 1817) et Paris (Paris, Nève, 1821) sont très succincts. Il faut noter cependant que Charles Berriat-Saint-Prix, fils de Jacques, a rédigé la table des matières du *Commentaire du Code pénal* de Carnot.

7 Madeleine 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, n° 16, p. 173-239.

l'Exégèse, même si elle n'a pas constitué une École homogène, a traité avec respect et même amour.

Travaillant sur deux codes (le Code pénal et le Code d'instruction criminelle), défendant une interprétation stricte et littérale des textes (en se référant à Beccaria), la doctrine pénaliste a critiqué la codification napoléonienne presque dès ses premières années. Il faut ici tenir compte de la chronologie et du contexte politique. La codification pénale se singularise par rapport à la codification civile dans la mesure où elle est en réalité une entreprise de recodification par rapport aux textes révolutionnaires, achevée de manière laborieuse (après des discussions prolongées sur le jury et la séparation en deux textes du projet élaboré sous le Consulat) dans les dernières années de l'Empire : elle n'a pas bénéficié du même consensus parmi les juristes que la rédaction du Code civil⁸. Non seulement le durcissement relatif de la législation pénale par rapport à 1791 s'accompagne de la remise en place d'une procédure inquisitoriale et de juridictions d'exception (les Cours spéciales sans jury), mais les premières années de la Restauration correspondent à une répression politique (les Cours prévôtales sont en place jusqu'en 1819) et de droit commun (visible à travers le grand nombre de condamnations à mort) particulièrement sévères. Quand paraissent les premières analyses de cette législation pénale – (Carnot débute ses publications en 1817, Alphonse Béranger écrit en 1818 *De la justice criminelle en France d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*, un titre qui est tout un programme ; Le Graverend défend le jury dans ses *Observations sur le jury en France* en 1819) – elles sont le fait de juristes occupant des fonctions judiciaires ou administratives depuis l'Empire (Carnot et Le Graverend) qui sont attachés à certains principes de la Révolution (bien que plus modéré, Carnot est le frère du grand Lazare et critique la loi d'exil des régicides !) et effrayés de l'emploi qui peut être fait par les ultra-royalistes de la codification napoléonienne. Guizot est on ne peut plus clair quand il traite de la peine de mort en matière politique en 1822 : un parti (celui des ultras) a pris le pouvoir et il y a grand risque qu'il abuse de la justice pénale⁹. Pour critiquer le choix purement utilitariste des règles du droit pénal selon la loi du plus grand nombre, Rossi pose en 1829 la question de la qualification à donner à une décision de seize millions de Français voulant égorger les quatorze autres millions sous prétexte de maintenir l'ordre public¹⁰.

Même les auteurs de la monarchie de Juillet, s'ils craignent moins ce péril extrémiste, ont une méfiance libérale à l'égard d'un État tout puissant (faut-il rappeler que Rossi et Guizot sont aussi des tenants d'une économie politique affranchie du despotisme étatique ?). Tandis que les professeurs de droit s'attachent à exalter le Code civil – en tant que « rempart de la propriété », beaucoup plus que de la liberté civile (aucun ne proteste contre l'abrogation du divorce) – les pénalistes se montrent critiques à l'égard d'une législation jugée trop sévère et trop peu respectueuse de la liberté individuelle. Le Graverend,

8 Même si le tournant répressif remonte à la réflexion des post-thermidoriens, comme en témoigne l'évolution de la pensée de Target, peut-être influencé par Bentham, en tout cas épousant le pessimisme anthropologique des autres codificateurs napoléoniens : Stefano Solimano, *Verso il Code Napoleon*, Milano, Giuffrè, 1998.

9 François-Pierre-Guillaume Guizot, *op. cit.*, p. XIII.

10 Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, Paris, A. Sautet, 1829, t. I, p. 175.

Carnot ou Rauter justifient la franchise de leurs critiques, Bérenger s'en prend à une législation qui nous a fait « rétrograder », Rossi juge le Code pénal napoléonien « fort en dessous de la civilisation française », Chauveau parle de « peines barbares et inutiles »¹¹.

Admirateurs fidèles de Beccaria, partisans du jury, réticents sinon hostiles à l'usage de la peine de mort, ne montrant aucune inquiétude particulière à l'égard des récidivistes, soucieux d'améliorer le système pénitentiaire, les pénalistes français de la première moitié du XIX^e siècle ne pouvaient adhérer à la philosophie utilitariste de Bentham qu'ils rendaient (probablement à tort) responsable des rigueurs du Code pénal de 1810 et se tournèrent vers les principes de « justice » prônés par Rossi (plutôt que vers les conceptions rétributives de Kant dont l'œuvre n'est pas toujours citée¹²) : Rossi avait critiqué l'utilitarisme qui ne légitime rien et « fait abstraction de l'être qui souffre », en demandant que toute peine soit justifiée par une atteinte à la fois à la vérité morale, à l'ordre public et aux intérêts des particuliers. En rejetant eux aussi l'utilitarisme, les pénalistes français entendent s'élever à la hauteur des « principes » – dont l'origine n'est pas clairement précisée (peut-être parce qu'ils mêlent convictions jusnaturalistes et fidélité à la Déclaration de 1789), mais dont Carnot notait déjà qu'il est « dangereux de s'écarter »¹³ – et de la théorie, le titre de l'ouvrage de Chauveau et Hélie s'inspirant du précédent de Boncenne sur la procédure civile. Voulant « éclairer l'application de la loi pénale par sa théorie » les deux auteurs, destinés à devenir les plus lus et plus représentatifs de cette doctrine pénale française du premier XIX^e siècle, n'hésitent pas à écrire que le commentaire « domine la loi et la soumet à la critique avant de l'expliquer »¹⁴. Labbé, dans un article qu'il consacre au droit pénal en 1864, parle encore d'une science composée de « principes rationnels » et du devoir de l'interprète de « ramener autant que possible à la théorie générale du droit » les dispositions législatives qui semblent s'en

11 Pascal Vielfaure, *L'Évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet. Entre exigences politiques et interrogations de société*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 340-341 ; Claire Bouglé, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence*, Paris, LGDJ, 2005, p. 607-610. Ces critiques de la doctrine contre la sévérité du Code pénal contrastent également avec la sévérité de la jurisprudence de la Cour de cassation, par exemple sur la complicité de parricide.

12 Chauveau et Hélie citent comme fondateurs de systèmes nouveaux Beccaria, Filangieri, Bentham et de manière plus étonnante Scipion Bexon, puis Guizot, De Broglie, Pastoret, Bérenger, Charles Comte (1782-1837, avocat et économiste, auteur d'un *Traité de législation* en 1826), Charles Lucas et Rossi. Bertauld (dans son *Cours de droit pénal*, Paris, 3^e éd., 1864, p. 101) nous paraît un des premiers à mettre en avant la philosophie pénale de Kant pour critiquer l'école éclectique et Ortolan qu'il juge trop enclin à croire dans une « justice éternelle ».

13 Joseph Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, Paris, R. Warée, 1823, p. 163, passage dans lequel l'auteur voit dans l'aggravation des peines en raison de la récidive, telle qu'elle est prescrite par le Code pénal, une violation du « *non bis in idem* ».

14 Adolphe Chauveau, Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, Paris, E. Legrand et Descauriel, 1837, vol. I, p. XII, p. 12-14 sur l'accord de principe avec Rossi à condition de ne pas laisser trop de place à l'utilité (au risque de perdre toute garantie contre les « exigences injustes du pouvoir social »), p. 19-21 sur la critique du Code pénal de 1810 qui serait trop empreint des idées de Bentham, p. 112-116 sur la peine de mort, p. 385-432 sur la récidive (sur la critique de l'application de la peine de mort au condamné aux travaux forcés évadé qui récidive, ce qui n'empêche pas les auteurs de critiquer un peu plus loin une doctrine « qui tombe devant le texte de la loi »).

écarter « mais qui sont susceptibles de plusieurs sens »¹⁵. C'est Ortolan qui trouve, en 1855, l'aphorisme résumant l'éclectisme inspiré de Rossi (qu'il ne mentionne pas sur cette question de la mesure de la peine) : « jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est utile »¹⁶.

A la fois légaliste et ambitieuse, la doctrine pénaliste française a longtemps nourri l'espoir d'avoir l'exclusivité du discours pénal (Bertauld¹⁷ et Molinier en s'intéressant à la folie pressentaient-ils la montée en puissance des médecins aliénistes ?), d'inspirer le législateur depuis la réforme de 1832 jusqu'à la participation de Faustin Hélie aux commissions de réforme du début de la Troisième République. Mais dès la monarchie de Juillet, les pénalistes libéraux se plaignent des incohérences ou des hésitations du législateur. En 1844, le magistrat Bonneville de Marsangy infléchit la critique de la réforme de 1832 dans le sens d'une dénonciation de « l'extrême mansuétude des châtiments » et d'une campagne en faveur de peines plus sévères à l'égard des récidivistes¹⁸. Sans convaincre d'un seul coup tous les pénalistes de son temps, Bonneville a influencé la politique criminelle, souvent plus répressive, menée par Napoléon III et préparé le terrain à la progression, à partir des années 1880, des idées de l'École positiviste¹⁹.

II. — LE SECOND ECLECTISME FRANÇAIS ET LE REPLI DE LA DOCTRINE UNIVERSITAIRE SUR LE JURIDISME

La diffusion des thèses de l'École positiviste italienne, avec la « trilogie » constituée par les œuvres principales de Lombroso, Ferri et Garofalo (1876-1885), coïncide chronologiquement avec les réformes des programmes des facultés de droit opérées par les républicains qui suscitent elles-mêmes la professionnalisation et la spécialisation de la doctrine universitaire²⁰. Le droit pénal est peut-être un des domaines qui a le moins profité de ce renouveau de la doctrine juridique en France, comme si les nouvelles générations de professeurs (spécialisés en droit pénal pour la plupart d'entre eux) s'étaient trouvées dans une position défensive embarrassante face à une criminologie naissante qui leur disputait le magistère du discours sur la justice pénale. Il nous semble significatif que les professeurs parisiens – Desjardins, Garçon, Le

15 Joseph-Émile Labbé, « Récidive. Crime passible de peines correctionnelles en raison des circonstances atténuantes », *Revue critique* 1864, p. 299.

16 Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1855, p. 92.

17 Celui-ci fut, au début de sa carrière, le défenseur du parricide Pierre Rivière dont le crime a été étudié par Michel Foucault.

18 Arnould Bonneville de Marsangy, *De la récidive*, Paris, de Cotillon, 1844, vol. I, p. III, 30, 75 et 90.

19 Sylvaine Ruopoli-Cayet, *Bonneville de Marsangy, un pionnier de la science criminelle moderne*, Paris, L'Harmattan, 2002 nuance la réputation répressive de ce magistrat, en relevant notamment son opinion en faveur dès 1846 d'une libération « préparatoire » des détenus modèles qui annonce la libération conditionnelle de la loi de 1885, œuvre du sénateur René Bérenger, ami de Bonneville.

20 En 1887, lorsque le Garde des sceaux constitue une commission de révision du Code pénal, il est fait surtout appel à des magistrats, au philosophe Adolphe Franck (auteur d'une *Philosophie du droit pénal*, G. Baillière, 1864) et à seulement deux professeurs des facultés de droit, Leveillé et Molinier. La nouvelle génération des pénalistes n'est pas encore reconnue par le ministère de la Justice.

Poittevin, Hugueney²¹ – n'aient pas produit jusqu'à la Seconde Guerre mondiale de « manuel » de droit pénal et que les ouvrages destinés à devenir cano- niques, d'ailleurs en petit nombre, soient venus de la province avec le *Précis de droit criminel* (1881), puis le *Traité théorique et pratique de droit pénal français* (1888-1894) de René Garraud et, après la Première Guerre mondiale, le *Précis de droit criminel* de Paul Cuche (1^{re} édition en 1925²²).

Les réactions d'intérêt, mais aussi de vive hostilité, des pénalistes français à l'égard des thèses positivistes de l'École italienne, sont bien connues et tradui- sent aussi l'inquiétude des juristes, et spécialement des professeurs des facultés de droit, face aux risques d'une dépossession du terrain de la justice pénale par les sciences sociales émergentes²³. Tout en essayant de maintenir l'influence de leur « communauté épistémique », notamment à travers la Société générale des prisons ou avec l'appui de collègues étrangers dans l'Union internationale de droit pénal, la doctrine universitaire a fait le choix de l'éclectisme contre le « dogmatisme » des positivistes italiens et de la défense du droit pénal « classique » (avec ses idées de libre arbitre et de responsabilité) contre l'application systématique des remèdes criminologiques. René Garraud considère que toutes les théories « isolées » – c'est-à-dire fondées sur un principe unique de justice, d'utilité ou de convention – sont « fausses », mais contiennent « une part de vérité ». Les peines doivent être renfermées dans les deux limites de la justice et l'utilité selon la formule (empruntée à Ortolan sans le citer) : « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile »²⁴. Paul Cuche revendique son éclectisme en 1907 face aux attaques de la *Scuola positiva* en lui donnant un contenu plus concret, l'élimination de la question du libre arbitre de la détermination de la peine, « procédé de défense sociale »²⁵. En relevant les divergences entre ces deux auteurs (Garraud reste, quant à lui, attaché au principe de la responsabilité morale), le second éclec- tisme français apparaît moins enclin à modérer la répression (au contraire, la crainte de la récidive et de l'anarchisme incitent tous les auteurs à se montrer plus sévères à partir de la fin du XIX^e siècle) qu'à susciter un compromis entre le classicisme légaliste et les emprunts faits à la criminologie. Les mêmes auteurs, Garraud ou Cuche, n'ont d'ailleurs pas une attitude univoque selon

21 Les *Répétitions écrites de droit criminel* de Louis Hugueney sont publiées par Les Cours de droit à partir de 1928 et le professeur parisien préface en 1951 le *Traité théorique et pratique* de Pierre Bouzat (Paris, Dalloz, 1951). Il faut cependant mentionner les *Répétitions écrites de droit criminel* d'Henri Donnedieu de Vabres depuis 1929 et, du même auteur, le *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée* (Paris, Sirey, 1937), *La crise moderne du droit pénal. La politique criminelle des États totalitaires* (Paris, Sirey, 1938).

22 Ce Précis Dalloz, réédité jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, est remplacé en 1946 par celui d'Henri Donnedieu de Vabres.

23 Laurent Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994 ; Jean-Pierre Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XX^e siècle*, Paris, L'Harmattan, 2003, vol. 1, p. 179-191.

24 René Garraud, *Précis de droit criminel*, Paris, L. Larose, 1881, p. 17-19. Il nous paraît curieux que Garraud cite (le premier à notre connaissance) cette formule sans lui attribuer un auteur (R. Vouin et J. Léauté l'attribuent p. 103 à Rossi). Sur les positions nuancées de ce pénaliste, Jean-Louis Halpérin, « L'originalité de l'œuvre de René Garraud », in David Deroussin (dir.), *Le Renouveau des sciences sociales et juridiques sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon*, Paris, La Mémoire du droit, 2007, p. 51-61.

25 Paul Cuche, « L'éclectisme en droit pénal », *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1907, p. 944-961.

qu'ils font (dans les congrès notamment) de la science pénitentiaire ou qu'ils enseignent (et défendent par leur magistère) le droit pénal.

Le résultat global a été, nous semble-t-il, un repli sur le juridisme qui s'est prolongé au moins jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale et qui est susceptible d'expliquer le petit nombre de publications sous forme de traité. A la même époque, cette doctrine reste à distance des réformes législatives dont elle désapprouve souvent la forme ou les détails (comme le montrent les nombreuses critiques sur les vices de rédaction de la loi de 1885 sur la relégation), sans chercher pour autant à contrarier ces orientations, qu'elles soient dans le sens d'une plus grande répression (la relégation des récidivistes) ou d'un aménagement des peines (le sursis et la libération conditionnelle promus par René Bérenger)²⁶.

En 1922, Émile Garçon²⁷ a la sincérité de reconnaître que « personne n'a sérieusement protesté lorsque notre loi de 1885 a établi la relégation des récidivistes »²⁸. La « voie moyenne » choisie par Saleilles dans *L'individualisation de la peine* (1898), souvent louée pour son pragmatisme (évitant les excès du Belge Prins qui plaidait à la même époque en faveur de l'élimination des anormaux) annonçant le « néo-classicisme nouveau » d'après 1945²⁹, était aussi celle d'un conformisme par rapport aux décisions du législateur censées refléter une « École française » digne d'éloges.

Cette prétendue École française a commencé dès le début du XX^e siècle à renoncer à défendre des positions théoriques affirmées et à s'orienter vers un commentaire des textes beaucoup plus descriptif que celui des auteurs du XIX^e siècle. Critiquant « l'extrême désinvolture » des positivistes italiens à l'égard du droit pénal, Paul Cuche ne donne plus aucun rôle directeur à la doctrine, impuissante à influencer le législateur et les juges, véritables maîtres de la répression³⁰. Seuls tranchent avec cette torpeur doctrinale les écrits d'avant-guerre d'Henri Donnedieu de Vabres dénonçant les usages faits des thèses positivistes par les régimes totalitaires.

La promotion de la « défense sociale nouvelle » par Marc Ancel, notamment dans son maître-ouvrage publié en 1954³¹ marque-t-elle une rupture avec ce second éclectisme et le retour à une doctrine réformatrice désireuse de

26 Il nous paraît significatif que dans la commission de révision du Code pénal établie par le décret du 26 mars 1887 siègent seulement trois universitaires : Adolphe Franck du Collège de France (dont la *Philosophie du droit pénal* parue en 1864 s'élevait contre l'utilitarisme de Bentham), Leveillé et Molinier.

27 Il nous paraît aussi significatif des limites du rayonnement de la doctrine pénaliste de cette époque que la principale œuvre d'Émile Garçon, son *Code pénal annoté*, ne soit conservé dans les bibliothèques que sous la forme de l'édition révisée (notamment par Marc Ancel) de 1952.

28 Émile Garçon, *Le Droit pénal*, Paris, Payot, 1922, p. 151.

29 Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, p. 138 pour la référence à Saleilles, père d'une école française qui se voudrait pragmatique ; Jacques Léauté, « Le néo-classicisme », in *La Responsabilité pénale : travaux du colloque de philosophie pénale, 12 au 21 janvier 1959*, Paris, Dalloz, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de l'Université de Strasbourg, 1961, p. 351-354 sur cette volonté répétée d'équilibre entre emprunts à la criminologie et défense des valeurs fondamentales.

30 Paul Cuche, *Précis de droit criminel*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 1937, p. 6-14.

31 Marc Ancel, *La Défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1954. Les deuxième et troisième éditions, qui traduisent l'évolution de l'auteur sur certains points, paraissent en 1966 et 1981.

peser sur les évolutions législatives ? On a peut-être attribué trop d'influence à cette œuvre, qui n'a pas donné naissance à une véritable école (Marc Ancel, amené à préciser sa pensée pour répondre à des critiques répétitives, n'a pas eu de disciples ni de soutien affirmé dans la doctrine universitaire, son principal collaborateur étant Jean Pinatel, inspecteur général de l'administration judiciaire) et qui a été rapprochée abusivement des modifications législatives entreprises depuis 1945 (c'est-à-dire avant la publication de l'ouvrage qui ne peut être considéré comme l'origine de l'ordonnance sur la justice des mineurs) jusqu'au Code pénal de 1992 (dont les aspects répressifs ont pu paraître dans certains domaines bien éloignés de la défense sociale nouvelle). De plus, la « défense sociale nouvelle » de Marc Ancel, comportait, par rapport à la composante italienne du mouvement avec Gramatica, des caractères « nettement éclectiques » qui étaient susceptibles de marquer la continuité avec les pénalistes français des générations précédentes³². Des années 1950 aux années 1980, la doctrine pénaliste nous semble toujours attachée au « néo-classicisme » et à une grande prudence à l'égard du législateur³³. Les écrits de Jacques Léauté, Georges Levasseur et Georges Stéfani illustrent à nouveau la volonté des professeurs de droit pénal de trouver un compromis avec la criminologie en conservant les idées de blâme et de sanction³⁴. Les passions sont ravivées par la loi « Sécurité et liberté », puis par l'arrivée de la gauche au pouvoir. C'est alors que Michèle-Laure Rassat dénonce « l'impérialisme français » de la défense sociale nouvelle et veut, à la suite de Jean-Claude Soyer et d'André Decocq³⁵, défendre l'autonomie du droit pénal contre la « déjuridicisation »³⁶. La défense sociale nouvelle n'a-t-elle pas été érigée en école pour dissimuler le combat idéologique d'une partie de la doctrine, alors même que l'enseignement universitaire du droit pénal, voué désormais à l'explication du nouveau code pénal, restait majoritairement prudent et descriptif ?

En refusant de s'affirmer sur le terrain théorique, et notamment de discuter les thèses les plus radicales à l'égard du droit pénal contemporain (Michel Foucault est cité de manière discrète ou désinvolte, en général en notes, par les

32 Pierre Bouzat, Jen Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970, 2^e éd., t. I, p. 113 considère que la défense sociale nouvelle s'oppose au néo-classicisme ; Jacques-Henri Robert, *Droit pénal général*, Paris, PUF « Thémis », 1^{re} éd., 1988, p. 42 parle au contraire d'une doctrine « nettement éclectique ».

33 En témoignent par exemple, les deux manuels (volontairement séparés) de Robert Vouin et Jacques Léauté, *Droit pénal et criminologie*, Paris, PUF « Thémis », 1956 (qui paraît approuver, p. 110, la défense sociale nouvelle) et *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, PUF « Thémis », 1^{re} éd., 1957, ou dans le registre du Traité les compléments ajoutés par Roger Merle et André Vitu entre 1967 et 1997 pour conclure au « déclin des systèmes ». Jean Pradel, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 15^e éd., 2004, p. 105 parle aussi de tendances de retour aux idées néo-classiques en citant Georges Levasseur et Roger Merle.

34 Jacques Léauté, *Cours de criminologie et de philosophie pénale*, Institut de sciences criminelles et pénales de Strasbourg, 1960, t. I, p. 43. ; Georges Stéfani, Georges Levasseur, Roger Jambu-Merlin, *Précis de criminologie et science pénitentiaire*, Paris, Dalloz, 1968.

35 Jean-Claude Soyer, *Justice en perdition*, Paris, Plon, 1982, notamment p. 143 sur les « trois sœurs abusives » que seraient la prévention, l'individualisation et la réinsertion ; André Decocq, *Cours de droit pénal et de sociologie criminelle*, Paris, Les Cours de droit, 1985-1986, p. 30-36 sur la « dégénérescence » du droit pénal liée à la défense sociale nouvelle, puis à l'arrivée de la gauche au pouvoir.

36 Marie-Laure Rassat, *Droit pénal*, Paris, PUF « Droit fondamental », 1^{re} éd., 1987, p. 39-42.

pénalistes universitaires³⁷), la doctrine sous sa forme universitaire s'est montrée au XX^e siècle beaucoup moins ambitieuse que les auteurs du XIX^e siècle. Une telle situation, qui résulte d'une appréciation globale sous-estimant les prises de position plus marquées d'individualisme, pourrait expliquer aussi que bon nombre de pénalistes français se sentent aujourd'hui désarmés par rapport à une accumulation de lois récentes remettant en cause les « principes » sur lesquels s'est bâtie la doctrine française depuis deux siècles.

jean-louis.halperin@ens.fr

37 Rémi Lenoir, « Surveiller et Punir dans les milieux judiciaires », *in* Gérard Mauger, Louis Pinto, *Lire les sciences sociales*, vol. 3, 1994-1996, p. 147-163.