

## DU DROIT PÉNAL COMPARÉ À LA DYNAMIQUE DES LOIS PROHIBITIVES

### Do direito penal comparado à dinâmica das leis proibitivas

Jean-Louis Halpérin

Jean-Louis Halpérin  
Professor de Direito  
(Seção 03 CNU, História do  
Direito) além de Membro e  
Diretor (desde 1º de julho  
de 2015) da UMR 7074  
“Centro de Teoria e Análise  
de Direito” na ENS – École  
Normale Supérieure. Paris,  
França.

Autor convidado.  
jean-louis. halperin@ens.fr

#### RÉSUMÉ

La réflexion sur la diversité des approches méthodologiques en droit comparé n’a guère porté, au cours de ces dernières décennies, sur le droit pénal. Cette relative lacune de la littérature tient à une conception d’un droit pénal universel qui connaîtrait seulement quelques variations dans la sévérité plus ou moins grande de la répression. Il apparaît pourtant utile pour les comparatistes d’identifier de manière historique les développements de la discipline du droit pénal et de considérer que le champ pénal n’est pas identique à lui-même à travers le temps et l’espace. Cette contribution s’attache à montrer comment la spécialisation des pénalistes, à partir du XIXe siècle, s’est accompagnée longtemps d’une démarche comparative avant que ne s’installe une sorte de désintérêt pour la comparaison des infractions reconnues ou non par les différents ordres juridiques étatiques. Or, la prise en compte des phénomènes de criminalisation et de décriminalisation montre à quel point ces droits étatiques sont susceptibles de converger ou de diverger, en présentant des configurations beaucoup plus complexes que les traditionnelles familles de droit. En recourant à la théorie du droit, le droit pénal comparé alimente la réflexion sur la place des lois prohibitives, leur éventuelle relation avec des normes culturelles et le recours à des interdits dans des domaines qui font l’objet dans d’autres pays à des lois permissives.

**Mots clés:** Droit pénal; Méthode; Discipline; Décriminalisation; Criminalisation; Lois prohibitives; Lois permissives.

## Resumo

A discussão sobre a diversidade de abordagens metodológicas em direito comparado, no decorrer das últimas décadas, pouco se debruçou sobre o direito penal. Esta lacuna se deve à uma concepção de direito penal universal que admitiria apenas variações no grau de severidade da repressão. Contudo, para os comparatistas mostra-se útil identificar historicamente o desenvolvimento da disciplina de direito penal e considerar que o campo não se mantém inalterado através do tempo e do espaço. Este trabalho visa mostrar como, a partir do século XIX, a especialização de penalistas foi acompanhada por muito tempo de uma abordagem comparativa, antes de que se instalasse um desinteresse pela comparação de infrações reconhecidas – ou não – por diferentes ordenamentos jurídicos estatais. A compreensão dos fenômenos de criminalização e descriminalização mostra até que ponto os direitos estatais são suscetíveis de convergir ou divergir, apresentando configurações muito mais complexas que as tradicionais famílias de direito. Assim, utilizando-se da teoria do direito, o direito penal comparado incita a reflexão sobre o papel das leis proibitivas, sua eventual relação com normas culturais e a possibilidade de proibições em determinadas matérias serem objetos de leis permissivas em outros países.

**Palavras-chave:** Direito penal; Método; Disciplina; Descriminalização; Criminalização; Leis proibitivas; Leis permissivas.

## Abstract

The discussion about the methodological diversity in Comparative Law has barely touched upon criminal law. This gap in the literature is due to a conception of universal Criminal Law in which only variations regarding the severity of crime's repression would be admitted. Nonetheless, the historical study of Criminal Law along with the reflection on changes in the discipline through time and space has proven to be useful for comparatists. The aim of this study is to show how the specialization of scholars of Criminal Law, since the 19th century, had been accompanied by a comparatist approach before a pervasive disinterest in comparing infractions under different legal systems came to be the rule. The phenomena of criminalization and decriminalization reveal to what point legal systems converge or diverge in a more elaborated way than those depicted by the traditional division of legal systems. Thus, Comparative Criminal Law, using the insights from Legal Theory, stimulates reflections on the role of prohibitive laws, their relation with cultural norms, and the possibility of a prohibition being permitted elsewhere – i.e. other countries.

**Keywords:** Criminal law; Method; Discipline; Decriminalization; Criminalization; Prohibitive laws; Permissive laws.

**Il nous paraît utile de dire qu'il n'y pas aujourd'hui (ce qui n'était pas le cas dans le passé) d'avenir pour une science française, allemande, britannique, brésilienne, européenne, américaine, asiatique ou africaine du droit comparé. Il y a une seule science du droit comparé qui, avec un objet ancré dans la diversité des droits, aspire à faire une comparaison de tous les droits.**

Les comparatistes se reconnaissent aujourd'hui dans l'unité du droit comparé en tant que science de la comparaison de tous les droits<sup>1</sup>. Cela signifie que, contrairement à ce que laisse entendre l'expression française de « droit comparé », il n'existe pas d'ordre juridique reposant sur la comparaison, la moyenne ou le mélange des droits et que les comparatistes adoptent une position scientifique d'observateurs extérieurs à l'égard des ordres juridiques (nationaux, infra-nationaux ou supra-nationaux) qu'ils ou elles comparent. L'opposition souvent faite entre l'étude d'un ou plusieurs droits étrangers et la vraie comparaison nous semble stérile, la seconde n'allant pas sans la première et la volonté de faire complètement abstraction de notre point d'observation, situé en fonction de notre nationalité, de notre résidence et de notre formation, dans un (ou plusieurs) droit(s) rencontrant d'inévitables limites. En revanche, il nous paraît utile de dire qu'il n'y pas aujourd'hui (ce qui n'était pas le cas dans le passé) d'avenir pour une science française, allemande, britannique, brésilienne, européenne, américaine, asiatique ou africaine du droit comparé. Il y a une seule science du droit comparé qui, avec un objet ancré dans la diversité *des* droits, aspire à faire une comparaison de tous les droits.

Il est souvent considéré que cette science du droit comparé est caractérisée par un conflit de méthodologies ou par une absence récurrente de réflexion méthodologique<sup>2</sup>. Là aussi, les débats sans cesse relancés nous paraissent avoir quelque chose d'artificiel. Quant aux buts assignés au droit comparé, ils ne sont pas fondamentalement différents de ceux des doctrines et des sciences du droit interne. Les buts pratiques consistent à s'inspirer de la comparaison avec des droits étrangers pour réformer un droit national ou pour aller dans le sens de la résolution des conflits de lois, voire de l'harmonisation des droits au niveau mondial ou régional, cette seconde option étant considérée aujourd'hui comme plus réaliste que la première. Dans tous les cas, les comparatistes poursuivant l'un de ces buts pratiques doivent partir, s'ils entendent effectuer un travail sérieux, d'une observation scientifique des droits qui sont comparés sur le terrain choisi. Ces mêmes comparatistes passent,

<sup>1</sup> SACCO, 1991; PFERSMANN, 2001, p. 121-134, notamment p. 129.

<sup>2</sup> JALUZOT, 2005, 57, p. 29-48, notamment la conclusion sceptique p. 48 sur l'existence d'une méthodologie du droit comparé; PFERSMANN, 2001, p. 121 en note encore plus critique sur les faiblesses méthodologiques du droit comparé.

ensuite, à des positions de caractère prescriptif (le choix de la « meilleure solution » pour la réforme du droit national ou pour l’harmonisation des droits) qui sont le propre des « doctrines », telles qu’elles existent au niveau national<sup>3</sup>. Ce passage de l’analyse *de lege lata* à la proposition *de lege ferenda* est, en revanche, exclu de la perspective des sciences du droit : l’histoire du droit, la sociologie du droit, la théorie du droit qui entretiennent de fortes relations entre elles et avec le droit comparé. Les sciences du droit se distinguent, en effet, des doctrines par un refus de toute position prescriptive, un refus fondé sur le non-cognitivism des valeurs, c’est-à-dire sur l’idée que la « meilleure solution » ne peut être trouvée par des moyens scientifiques, mais qu’elle résulte de choix politiques, philosophiques ou moraux.

Sans négliger les interférences, fréquentes et sources de confusion quand elles ne sont pas avouées par les auteurs qui s’inscrivent à la fois dans la doctrine et dans la science<sup>4</sup>, entre ces doctrines et ces sciences du droit, nous nous en tiendrons au seul point de vue de l’observation scientifique (c’est-à-dire avec une perspective « modérément externe »<sup>5</sup>) des droits qui sont les objets de la comparaison. Cette observation, en droit comparé comme en droit interne, suppose toujours une proposition de questions ou d’hypothèses, le choix d’un ou plusieurs terrains d’observation et l’utilisation de moyens analytiques pour ordonner et interpréter les phénomènes juridiques qui sont étudiés<sup>6</sup>. Si ces questions d’interprétation sont en quelque sorte compliquées par les problèmes de traduction et « la

<sup>3</sup> Sur la variété des sens du mot « doctrine » et sur leur caractère général d’opinions enseignées (c’est-à-dire proposées à des auditeurs ou lecteurs invités à les suivre), MILLARD, 2010, p. 3-12.

<sup>4</sup> Il faut distinguer aussi les situations des « législateurs » qui utilisent des études (plus ou moins développées) de droit comparé dans les travaux préparatoires d’une réforme ou des « juges » qui recourent à des exemples pris dans des droits étrangers dans leur argumentation. Dans ce type de situations, il faut tenir compte des contraintes de temps et de choix d’une « recherche » qui est tendue vers l’élaboration d’une décision, ce qui n’est pas le cas de la recherche scientifique. En revanche, l’on peut être plus critique à l’égard d’études académiques qui mêlent, sans en avertir clairement leurs lecteurs, les points de vue de la doctrine prescriptive et de la science observatrice.

<sup>5</sup> Sur ce point de vue modérément externe, inspiré de Hart, OST ; VAN DE KERCHOVE, 1991, p. 67-80.

<sup>6</sup> Sur ces moyens d’analyse qui passent par des concepts et leurs définitions, des techniques d’ordonnement (synthèses, typologies, modèles) et d’argumentation, V. CHAMPEIL-DESPLATS, 2014, p. 255 et s.

**Toutes les propositions en faveur de la fonction « subversive » ou « critique » de la science du droit comparé vont dans le sens de fortes liaisons entre le regard des comparatistes et les tentatives de meilleure compréhension des phénomènes juridiques qui nous libèrent de catégories *a priori* et recherchent de nouvelles formes de concepts ou d'idéaltypes.**

différence entre les niveaux de langage »<sup>7</sup> lorsqu'on étudie plusieurs droits, elles sont aussi présentes dans l'histoire, la sociologie ou la théorie du droit national. Les comparatistes ont tout intérêt à se mêler aux débats épistémologiques qui concernent toutes les sciences du droit, plutôt que de s'isoler dans la recherche d'une méthodologie comparative<sup>8</sup>. Toutes les propositions en faveur de la fonction « subversive » ou « critique » de la science du droit comparé vont dans le sens de fortes liaisons entre le regard des comparatistes et les tentatives de meilleure compréhension des phénomènes juridiques qui nous libèrent de catégories *a priori* et recherchent de nouvelles formes de concepts ou d'idéaltypes<sup>9</sup>.

Que dire aujourd'hui de nouveau en droit comparé sur les querelles opposant la méthode fonctionnelle (telle qu'elle a été théorisée par Rabel, puis par Zweigert et Kötz<sup>10</sup>) ou son prolongement dans la méthode factuelle (celle de l'étude de cas ou de situations concrètes) d'un côté, et les approches systématiques d'un autre côté, qu'elles soient fondées sur des structures textualistes (les typologies du style des « familles de droit » qui peuvent rompre avec les modèles traditionnels du début du XX<sup>e</sup> siècle, notamment en portant leur attention à la circulation des énoncés juridiques) ou sur des analyses contextuelles, voire culturalistes<sup>11</sup> ? En fonction du champ étudié, dans toutes les gradations possibles entre la micro-comparaison et la macro-comparaison, et des hypothèses formulées, chacune des méthodes peut avoir ses avantages et leur combinaison n'est pas

<sup>7</sup> Nous empruntons cette expression à PFERSMANN, 2001, p. 129 pour tout ce qui concerne l'interprétation d'énoncés juridiques à l'aide de concepts qui sont formulés dans une langue (d'un point de vue particulier dans l'histoire et dans l'espace linguistique) et doivent être « suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles » (PFERSMANN, 2001, p. 131). Sur la recherche de « concepts méta-juridiques » qui ne soient pas trop dépendants d'une situation historique ou nationale (et ne sont pas des « concepts juridiques » à proprement parler), cf. TROPER, 2011, p. 261-262 (s'inspirant du fameux article de 1957 de ROSS, 1999, 7, p. 263-279, selon lequel les mots que nous utilisons en droit sont « dénués de signification », mais servent de techniques de présentation pour lier des faits-conditions à leurs conséquences).

<sup>8</sup> En faveur d'approches « plurielles » de l'histoire du droit, nous nous permettons de renvoyer à HALPÉRIN, 2010/2, 75, p. 295-313. Les questions de « traduction » (entre l'utilisation d'une langue du passé et notre langue actuelle) et d'interprétation des niveaux de langage (pour déterminer ce qui relève de la norme juridique, d'un discours doctrinal ou d'un phénomène social qui n'est pas proprement juridique) se posent aussi en histoire du droit.

<sup>9</sup> MUIR-WATT, 2000, 52/3, p. 503-527 ; FRANKENBERG, 2016.

<sup>10</sup> ZWEIFERT, KÖTZ, 1998, p. 32-47 ; sur les critiques adressées à cette méthode, MICHAELS, 2006, p. 340-380.

<sup>11</sup> Nous faisons référence aux travaux de Pierre Legrand et notamment à sa critique de la théorie des *legal transplants* de WATSON; LEGRAND, 1997, p. 111-124.

nécessairement le signe d'un éclectisme confus<sup>12</sup>. Des études récentes des transplants ou des migrations juridiques montrent qu'il est possible de combiner des analyses « textualistes », attentives à la circulation des énoncés juridiques (parfois recopiés ou traduits mot pour mot d'un ordre juridique à un autre), et des interprétations « contextualistes », prenant en compte le rôle plus ou moins important des facteurs d'acculturation (réussie ou non) de ces énoncés venus de l'étranger et transformés en normes nationales<sup>13</sup>.

Dans cette perspective d'une diversité d'approches méthodologiques, nous voudrions traiter ici d'une question relative au choix du terrain d'enquêtes et au découpage de champs d'études à l'intérieur de la science du droit comparé. Un élargissement incontestable de ces dernières décennies a consisté à ne pas rester enfermé dans les schémas privatistes qui avaient prévalu depuis l'origine dans les études de droit comparé. Le droit public comparé, en particulier le droit constitutionnel comparé, a été le principal bénéficiaire de ce recul de la « suprématie des privatistes »<sup>14</sup>. Le droit pénal comparé, ou *comparative criminal law*, a connu un moindre essor, de l'aveu même des auteurs qui ont publié récemment sur ce domaine<sup>15</sup>. Une des causes de ce relatif insuccès tient, à notre avis, aux incertitudes sur le découpage des terrains d'enquêtes en liaison avec les questions posées par les comparatistes travaillant sur des buts exclusivement scientifiques. Si l'on prend l'ouvrage de référence en français, le *Droit pénal comparé* de Jean Pradel qui a connu quatre éditions de 1995 à 2016, on y lit dès la première page qu'il s'agirait d'une « discipline propre », d'une « branche du droit comparé »<sup>16</sup>. Suivant la proposition qui a été faite en France par Antoine Jeammaud et plusieurs de ses collègues en droit du travail<sup>17</sup>, il nous semble utile pour éviter les confusions de distinguer une « branche » du droit et une « discipline ». Une branche du droit correspond à un sous-ensemble identifiable (par exemple, par la réunion de ces normes dans un code ou un même corpus, ou la soumission des li-

<sup>12</sup> HUSA, 2006, 58, p. 1095-1117.

<sup>13</sup> Par exemple, GRAZIADEI, *in* REIMANN, ZIMMERMANN, 2006, p. 441-474; FRANKENBERG, 2013.

<sup>14</sup> Pour reprendre l'expression de PONTTHOREAU, 2010, p. 40.

<sup>15</sup> DUBBER *in* REIMANN, ZIMMERMANN, 2006, p. 1287-1325; HELLER, DUBBER 2011, p. 1.

<sup>16</sup> PRADEL, 2016, p. 1.

<sup>17</sup> Notamment JEAMMAUD, LE FRIANT, LYON-CAEN, 1998, p. 359.

tiges à une juridiction spécifique) de normes à l'intérieur d'un ordre juridique, alors qu'une discipline est une activité structurée (notamment par l'enseignement) de connaissance d'une partie du droit. En droit français, le droit du travail, le droit commercial et le droit pénal sont des branches du droit dans la mesure où une partie importante de leurs normes résident dans des codes et donnent lieu à des litiges tranchés par des juridictions particulières. Ces branches ont donné lieu à des disciplines, sachant que d'autres disciplines enseignées dans les facultés de droit (par exemple, l'histoire du droit ou le droit international privé) ne correspondent pas à des branches du droit. Le droit comparé n'étant pas une partie du droit positif, il ne peut être divisé en branches et apparaît clairement comme une discipline.

C'est au titre de discipline de la (ou des) science(s) du droit que le droit comparé suscite des interrogations méthodologiques, comme nous l'avons vu. De même que l'unité de la discipline peut se concilier avec la diversité des méthodes, elle n'est pas incompatible avec l'existence de « sous-disciplines » en matière d'enseignement. On peut comprendre que donnent lieu à des cours séparés de droit comparé les études concernant le champ des relations privées, celles relatives aux champs constitutionnel et administratif, et dans la même logique celles portant sur le champ pénal. En revanche, l'idée que le « droit pénal comparé » constituerait une discipline « propre » avec ses méthodes particulières nous paraît pousser trop loin l'autonomie des différentes spécialisations. D'abord, parce que l'expression « droit pénal comparé » ainsi entendue paraît rattacher la démarche comparative à la discipline du droit pénal et réserver son étude à des « pénalistes ». Si cela est souvent le cas en pratique, il nous paraît injustifiable d'affirmer un tel monopole, alors qu'une des fonctions subversives du droit comparé est de désenclaver les spécialités et d'éclairer l'ensemble des juristes sur la compréhension du droit. Ensuite, et de manière plus substantielle, la prétention du droit pénal comparé à former une discipline reproduit des frontières instituées historiquement à l'intérieur de certains ordres juridiques nationaux, entre les branches et les disciplines du droit. Si dans les pays occidentaux les notions de « droit pénal (comparé) » ou de « (*comparative*) *criminal law* » sont relativement claires (encore que l'on puisse s'interroger sur leur parfaite identité), l'histoire du droit chinois nous apprend que pendant une très longue période les



**À partir d'un historique et d'un état des lieux des études comparées dans le « champ pénal » (1), la contribution que nous proposons ici consiste à relancer les études sur le thème de la criminalisation et de la décriminalisation (2) et à susciter une réflexion sur le concept de « lois prohibitives » au-delà du champ pénal (3).**

codes impériaux n'ont traité que de droit pénal<sup>18</sup>. Il y a lieu aussi de se demander s'il existe un droit pénal spécifique au sein de la *charia*. L'œuvre de Bentham est aussi pour nous rappeler que des questions généralement abordées sous l'angle du droit « civil » peuvent l'être aussi en privilégiant une perspective de droit pénal. La science du droit comparé n'a rien à gagner en isolant des sous-disciplines dont les frontières ne seraient pas explicitées et justifiées. Le terme de « champ » nous paraît plus approprié, dans sa double signification de « champ d'études » (un vaste terrain d'enquêtes délimité par l'observateur et ne s'identifiant ni à une branche du droit, ni à une discipline<sup>19</sup>) et de « champ pénal » au sens bourdieusien d'espace où se confrontent des discours, des pratiques et des professionnels du pénal<sup>20</sup>.

À partir d'un historique et d'un état des lieux des études comparées dans le « champ pénal » (1), la contribution que nous proposons ici consiste à relancer les études sur le thème de la criminalisation et de la décriminalisation (2) et à susciter une réflexion sur le concept de « lois prohibitives » au-delà du champ pénal (3).

**1.** La discipline « droit pénal » qui apparaît dans les universités allemandes et italiennes à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, puis plus tardivement en France à la faveur de la réouverture des écoles de droit en 1804, était loin d'être fermée au droit comparé au début du XIX<sup>e</sup> siècle, alors que les codifications pénales « modernes » en Toscane (1786), en France (1791 et 1810) et en Bavière (1813) suscitaient des réflexions croisées des pénalistes. En Allemagne, les premières revues consacrées exclusivement au droit pénal sont fondées dès 1797-1798. Il s'agit de l'*Archiv des Criminalrechts* créé par le juriste prussien Ernst Ferdinand Klein, un des rédacteurs de la partie pénale de l'*Allgemeines Landrecht* qui enseigna un moment à Halle. Le co-fondateur de la revue est le juriste bavarois Kleinschrod qui fut professeur à l'Université de Würzburg et travailla aussi à des projets de réforme pénale en Bavière. L'orientation de la revue est plutôt conservatrice, mais tient compte des divers projets qui relevaient encore du despotisme éclairé<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Sur la thèse d'un droit civil apparaissant en Chine au XVIII<sup>e</sup> siècle, HUANG, 1996.

<sup>19</sup> Pour une discussion comparable à propos de la criminologie, DEBUYST, DIGNEFFE, LABADIE, PIRES, 1995, vol. I, p. 21-26.

<sup>20</sup> BOURDIEU, 1986, p. 3-19.

<sup>21</sup> ROTH, in STOLLEIS, 1999, p. 304.



La *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* s'apparente à une revue, en dépit de sa périodicité annuelle, du fait de la publication de contributions de divers auteurs sur les questions pénales. Elle est créée en 1797 par le juriste de Hesse Grolman qui n'était à l'époque que *Privatdozent* à Gießen ; il est soutenu à partir de 1800 par Feuerbach qui y publie plusieurs études, notamment à caractère comparatif sur le Coran, puis sur le droit hindou. Le projet de l'*Archiv des Criminalrechts* est repris en 1816, après le mort de Klein, par Konopak (professeur à Halle, Rostock et Léna) et Mittermaier alors jeune professeur à Landshut (et disciple de Feuerbach avant de passer par Bonn, puis à Heidelberg de 1821 à sa mort en 1867)<sup>22</sup>. Par ses articles et ses recensions (notamment d'ouvrages étrangers, en liaison avec l'énorme correspondance qu'il entretenait avec des juristes de toute l'Europe), Mittermaier marque la revue pendant la quarantaine d'années de son existence (jusqu'en 1857). En 1829, Mittermaier fonde par ailleurs la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, où il rend compte de nombreux codes étrangers, par exemple en 1835 du Code pénal brésilien, des lois de New York et du New Jersey<sup>23</sup>. La comparaison est<sup>24</sup>, pour Mittermaier, un moyen de militer non seulement pour la codification, comme outil destiné à assurer la légalité des délits et des peines dans la lignée de son maître Feuerbach, mais aussi pour la recherche des principes communs aux pays civilisés en soutenant notamment les premiers mouvements contre la peine de mort. Le créateur du droit pénal comparé oriente ce type d'études vers la réunion de matériaux législatifs et statistiques dans le but de défendre des idées de réforme du droit pénal.

L'attrait pour le droit pénal comparé gagne rapidement d'autres pays au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. En France, Ortolan est nommé en 1837 professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris, contre l'avis des professeurs, avec le soutien des milieux gouvernementaux et du procureur général Dupin qui assiste à sa première leçon. D'après les cours publiés en 1839 puis en 1841<sup>25</sup>, Ortolan proposait de « planer au-dessus des législations contempo-

<sup>22</sup> KESPER-BIERMANN; OVERATH, 2007, p. 22.

<sup>23</sup> MITTERMAIER, 1835, p. 428, 1448 et 1463.

<sup>24</sup> MOHNHAUPT in MITTERMAIER, 1835 in STOLLEIS, 1999, p. 277-301.

<sup>25</sup> ORTOLAN, 1839, 1841.

raines, les recueillir, les rapprocher, les juger les unes par les autres et dire, à la suite de cette confrontation, pour chacune d'elles : voilà ses vices, ses lacunes, ses bienfaits »<sup>26</sup>. Avec une information assez large, qui s'étend jusqu'aux codes des états américains, et une rapide synthèse historique (traitant de Beccaria et de Bentham, pour ce dernier avec des réserves sur sa pensée « matérialiste », mais sans mention de Mittermaier parmi les pénalistes allemands), Ortolan entendait faire œuvre d'utilité pratique pour la France qui restait au centre de ses préoccupations<sup>27</sup>. Avec des ambitions réformatrices moins marquées que celles de Mittermaier, Ortolan ne s'aventurait pas dans les détails de l'analyse des différentes législations pénales de son temps.

Quelques années plus tard, le cours de Luigi Zuppetta publié à Turin en 1852<sup>28</sup> voulait, lui aussi, associer, la philosophie et l'étude des lois pénales de plusieurs pays, notamment des États italiens pré-unitaires. Là encore, l'analyse des dispositions des différents codes pénaux est mise au service d'une métaphysique qui doit dégager des « canons » généraux dans une perspective utilitariste, en éliminant les dispositions jugées superflues dans les législations pénales. L'on peut néanmoins remarquer que Zuppetta est un utilisateur précoce du terme de « norme » et qu'il classe les lois pénales en lois « prohibitives » et lois « prescriptives »<sup>29</sup>, mettant ainsi en valeur les caractères de commandement des lois pénales. En 1857-1858, les propositions sur une critique de la science de la législation comparée d'un professeur de Gênes, Emerico Amari, font l'objet d'une recension par Mittermaier qui modère la croyance dans le progrès de son collègue italien<sup>30</sup>. Enfin, pour clore cette première période d'essor du droit pénal comparé, on peut mentionner l'ouvrage de l'Américain Sanford, qui cherchait à informer les autorités fédérales (à commencer par le Président) des développements de la législation pénale en Europe, depuis le code français de 1810 jusqu'au code prussien de 1851<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> ORTOLAN, 1839, p. 6.

<sup>27</sup> ORTOLAN, 1841, p. 4, 140 (sur Beccaria), 151 et 159 (sur Bentham), p. 149 (sur les pénalistes allemands).

<sup>28</sup> ZUPPETTA, 1852.

<sup>29</sup> ZUPPETTA, 1852, p. 141.

<sup>30</sup> MITTERMAIER, 1858, p. 31-39.

<sup>31</sup> SANFORD, 1854.

**Même les crimes apparemment communs à tous les systèmes juridiques, comme l’homicide ou le vol, sont sanctionnés différemment dans chaque ordre juridique, par exemple en fonction des excuses légitimes qui sont admises ou non.**

Une deuxième impulsion est donnée à la comparaison des droits pénaux au tournant du XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles avec l’essor des écoles positivistes et « sociologiques ». Dans l’école positiviste Ferri et Garofalo prennent des exemples dans les législations étrangères à l’Italie. La *Criminologie* (1885 pour l’édition italienne, 1888 pour l’édition française traduite par l’auteur lui-même) de Garofalo se fonde sur la distinction entre les « délits naturels » et les actes transgressant la législation pénale de l’État. Les premiers, que la tradition qualifie de *mala per se*, sont des actes punissables en tous temps et dans tous les lieux qui portent atteinte à des sentiments moraux et à des valeurs censés être universels. Les seconds, que l’on va appeler *mala prohibita*, ne sont pas pour Garofalo de « vrais crimes » et n’intéressent pas la science criminologique<sup>32</sup>. Cette distinction est très contestable, comme l’a montré Kelsen<sup>33</sup>. D’abord, parce que le principe (en lui-même moderne et historiquement contingent) de légalité des délits et des peines veut que tous les délits et crimes punissables soient déterminés par une loi de l’État. Ensuite, parce que l’idée de « délits naturels » essentialise des infractions sur la base d’un droit pénal naturel, universel et atemporel. Même les crimes apparemment communs à tous les systèmes juridiques, comme l’homicide ou le vol, sont sanctionnés différemment dans chaque ordre juridique, par exemple en fonction des excuses légitimes qui sont admises ou non. Du point de vue de la criminologie et du droit pénal comparé, cette distinction, prônée par Garofalo et très largement admise, a eu pour effet de cantonner les analyses sur les délits majeurs les plus communs et de réduire le rôle des comparaisons pour les autres infractions considérées comme relevant de déterminismes historiques et culturels rebelles à toute généralisation.

Du côté de l’école dite sociologique qui, sur bien des points, s’est affirmée contre les thèses de l’école positiviste italienne, la recherche comparative a aussi tendu à mettre en valeur les points communs entre les législations pénales afin de déterminer des principes généraux relatifs aux composantes de l’infraction, aux peines et aux mesures de sûreté. L’Introduction, ou « coup d’œil rétrospectif et plans d’avenir » rédigée par Franz Liszt pour le volume collectif intitulé *La*

<sup>32</sup> GAROFALO, 1888, p. 44-49. Pour une analyse plus nuancée qui tient davantage compte du caractère conventionnel et relatif du champ pénal, TARDE, 1890, p. 27-40.

<sup>33</sup> KELSEN, 1999, p. 120-121.

*législation pénale comparée* (1894), est significative de cette montée en généralité qui réduit la part consacrée à la comparaison des parties spéciales des codes pénaux. Pour Liszt, il ne s'agit pas de juxtaposer des études sur les droits pénaux étrangers, mais de dégager de l'analyse des différents codes « quelque chose de nouveau et indépendant, qui diffère des droits isolés et comparés et n'y soit pas renfermé d'emblée de lui-même »<sup>34</sup>. Comme ses prédécesseurs, Liszt cherchait dans le droit pénal comparé une conceptualisation commune sur le crime et la peine qui serve d'assise à des réformes. Même si Liszt a joué un rôle considérable pour recueillir, dans le cadre de travaux préparatoires à une réforme du Code pénal allemand au début du XX<sup>e</sup> siècle, les règles de tous les codes existant à l'époque sur les différentes infractions<sup>35</sup>, l'orientation générale de son œuvre l'a amené, comme Garofalo, à faire prévaloir le général sur le particulier, et donc à réduire le rôle des études sur les *mala prohibita* propres à tel ou tel système juridique.

Ces orientations ont prévalu jusqu'à nos jours. En France, les travaux de Donnedieu de Vabres<sup>36</sup> et la création de la *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* (1936), comme plus tard les études de Marc Ancel sur *Les Codes pénaux européens* ou sur *Le système pénal des pays d'Amérique latine* ont continué à aller dans ce sens, en mettant en valeur la présence plus ou moins forte des inflexions en faveur des mesures de sûreté<sup>37</sup>. Le diagnostic dressé en 2000 par Francesco Palazzo d'un retard dans le développement des études de droit pénal comparé et d'un repli de la discipline sur elle-même<sup>38</sup> nous semble confirmé par l'attention portée presque exclusivement à la partie générale du droit pénal, notamment aux caractères de l'infraction<sup>39</sup>, au détriment d'analyses comparatives sur l'ensemble du champ pénal à partir des délimitations relevant de la partie spéciale des législations pénales.

<sup>34</sup> VON LISZT, 1894, vol. I, p. XIX.

<sup>35</sup> « *Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform herausgegeben auf Anregung des Reichs-Justizamtes* », Berlin, 1906-1909, 16 volumes.

<sup>36</sup> DONNEDIEU DE VABRES, 1938 contient de courtes notices sur les droits pénaux étrangers.

<sup>37</sup> ANCEL, 1956-1971, 3 vol. ; BUSTOS, VALENZUELA BEJAS, BERNAT DE CELIS, ANCEL, 1983.

<sup>38</sup> PALAZZO, PAPA, 2000, p. 7-15.

<sup>39</sup> KEILER ; ROEF, 2015 avec des développements concernés aux droits du Royaume-Uni, des Pays-Bas et de l'Allemagne ; DUBBER ; HÖRNLE, 2014 propose un recueil de textes centrés sur la partie générale de la législation pénale.

**Les spécialistes de droit pénal comparé ont, depuis plusieurs décennies, relâché leur intérêt pour l'étude de la délimitation du champ pénal, c'est-à-dire pour l'analyse des phénomènes de criminalisation et de décriminalisation.**

2. Les spécialistes de droit pénal comparé ont, depuis plusieurs décennies, relâché leur intérêt pour l'étude de la délimitation du champ pénal, c'est-à-dire pour l'analyse des phénomènes de criminalisation et de décriminalisation. Pourtant, cette question de la détermination des comportements punissables nous paraît centrale dans l'étude comparée des droits pénaux à travers le temps et l'espace. Un des aspects importants du programme proposé par Beccaria consistait à déconnecter les délits, en tant que violations du pacte social, des péchés qui ne relevaient pas du droit pénal. Qu'il s'agisse des délits d'opinion (à condition qu'ils ne troublent pas la tranquillité publique), de l'adultère et de la pédérastie, ou du suicide, Beccaria s'en prenait, dans des termes qui paraissent prudents aujourd'hui mais étaient très critiques au XVIII<sup>e</sup> siècle, à des crimes « chimériques » que l'avènement de la légalité des délits et des peines devait écarter de ce que nous appelons le « champ pénal »<sup>40</sup>. Les rédacteurs des deux codes pénaux français de 1791 et 1810, qui ont décriminalisé le suicide ou l'homosexualité et pour le premier l'adultère, comme Feuerbach dans les travaux préparatoires du Code pénal bavarois de 1813, ont insisté sur cette restriction du champ pénal aux seuls crimes et délits portant atteinte aux droits d'autrui et dont la répression était utile pour l'ensemble de la société. La pensée utilitariste de Bentham et son combat très précoce contre les lois réprimant l'usure allaient aussi dans le sens de cette décriminalisation qui n'était pourtant pas synonyme d'un affaiblissement général de la sévérité de la répression.

Au cœur de la « révolution pénale » entre le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, il y a clairement une déconnection entre le droit pénal étatique et les taxinomies religieuses ou morales condamnant certains comportements, c'est-à-dire tout un ensemble de phénomènes de décriminalisation ou de dépénalisation par rapport au droit pénal d'Ancien Régime, des phénomènes consacrés et renforcés par une interprétation stricte du principe de légalité. Si l'on faisait une comparaison (comme l'ont esquissée Feuerbach<sup>41</sup> et Mittermaier) entre les codes pénaux du début du XIX<sup>e</sup> siècle, les législations des États qui n'avaient pas codifié leur droit pénal (à commencer par le Royaume-Uni), les règles

<sup>40</sup> BECCARIA, 1991, § XXXI, p. 142-146 ; § XXXII, p. 147-151 ; § XXXIX, p. 165-166.

<sup>41</sup> Celui-ci réalisa en 1800 une étude sur le droit pénal du Coran: FEUERBACH, 1800, p. 163-192.

des pays musulmans sur les crimes coraniques et celles applicables en Chine ou au Japon, l'on pouvait mesurer l'étendue des divergences dans la définition du champ couvert par la répression pénale.

Cette attention portée aux phénomènes de criminalisation et de décriminalisation pourrait faire l'objet d'études historiques sur l'ensemble des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. La dépénalisation de l'usure dans la plupart des États européens jusqu'aux années 1860 a ainsi été suivie de mouvements tendant à rétablir ce délit et à aggraver la répression à partir des années 1870<sup>42</sup>. Tandis que reculait la criminalisation de la séduction ou de l'adultère ou que les régimes les plus libéraux dépénalisaient le blasphème ou d'autres délits d'opinion, la répression de l'avortement s'aggravait et de nouvelles infractions apparaissaient, notamment en matière économique (atteintes à la concurrence et non-respect de la réglementation économique imposée par les États). Toutes les questions relatives à la criminalisation du commerce et de la consommation d'alcool (avec l'exemple fameux de la Prohibition aux États-Unis de 1919 à 1933<sup>43</sup>), de tabac (avec des législations extrêmement répressives au XVIII<sup>e</sup> siècle d'une partie de l'Europe jusqu'à l'empire ottoman et à la Chine) et de drogues (à commencer par la guerre de l'Opium menée contre la Chine, la réglementation française sur la consommation d'opium à partir de 1908 et les conventions internationales, notamment dans le cadre de la SDN<sup>44</sup>) relèvent, au cours de l'époque contemporaine, de cette dynamique entre la criminalisation et la décriminalisation. L'on peut regretter que ces questions soient abordées de manière très sectorielle, sans lien par exemple avec l'histoire des délits sexuels ou des délits d'opinion. Même les contrastes ou les éventuels points de contact dans l'entre-deux-guerres entre les régimes « libéraux » – qui limitent les délits d'opinion mais aggravent souvent la répression de l'avortement ou créent des infractions d'abandon de famille – et les régimes totalitaires, communistes, fascistes ou nazi – qui multiplient les crimes contre l'État et sa politique, mais sont susceptibles aussi de dépénaliser l'avortement ou de favoriser l'euthanasie – pourraient être analysés à la lumière de cette recomposition du champ pénal résultant de la création ou de l'abandon de

<sup>42</sup> HALPÉRIN, 2006, p. 148.

<sup>43</sup> VITOUX, 1930 ; MURCHISON, 1994.

<sup>44</sup> CABALLERO, BISIQU, 2000, p. p. 38-40.

certaines infractions. Il ne s'agit pas de nier ou de sous-estimer les énormes différences dans l'ampleur et l'arbitraire de la répression entre les régimes totalitaires et les régimes libéraux, qu'il s'agisse de la période de l'entre-deux-guerres ou de celle de l'affrontement entre bloc communiste et bloc occidental. De même que les doctrines pénales développées avant l'arrivée au pouvoir d'Hitler ont pu être détournées de leur but par le régime nazi, ou que les aspirations du régime de Vichy à l'ordre moral ont pu être réorientées à la Libération afin de maintenir certaines infractions créées entre 1940 et 1944 (comme les relations homosexuelles avec des mineurs<sup>45</sup>), les exemples étrangers de criminalisation, et plus rarement de décriminalisation, ont circulé d'un État à un autre, quelles que soient les positions, souvent conservatrices, des auteurs de la doctrine.

Ces enquêtes historiques sur les reconfigurations du champ pénal entre le XIX<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècle, qui sont encore à réaliser (il nous manque par exemple une histoire comparée de la répression de l'avortement ou de la consommation de drogues<sup>46</sup>), permettraient de faire le lien avec les phénomènes plus visibles de décriminalisation ou de dépénalisation à l'époque contemporaine. L'on dispose sur ce sujet d'une étude modèle avec le livre du regretté Michel van de Kerchove, *Le droit sans peines*, qui se proposait en 1987 de comparer différents aspects de la dépénalisation (avec des exemples concernant le vagabondage, l'avortement ou l'adultère) en Belgique et aux États-Unis<sup>47</sup>. En s'appuyant sur une analyse serrée des multiples usages des termes « décriminalisation », « dépénalisation » et « légalisation », Michel van de Kerchove proposait une grille de lecture susceptible de rallier les chercheurs sur une base commune de significations : la dépénalisation consiste dans l'atténuation de la répression par l'abaissement de la peine ou le remplacement des sanctions pénales par d'autres types de sanctions (notamment les sanctions administratives), la décriminalisation correspond à la suppression totale d'une incrimination jusque-là reconnue par la loi, la légalisation signifie non seulement la permission d'adopter un comportement jusque-là puni, mais aussi la suppression des moyens de

<sup>45</sup> BONINCHI, 2005.

<sup>46</sup> Pour une ébauche en ce sens, CHARNAS, in MUCCHIELLI, ROBERT 2002, p. 101-110.

<sup>47</sup> VAN DE KERCHOVE, 1987.



dissuader les individus d'adopter ce comportement<sup>48</sup>. Michel van de Kerchove a ajouté à cette prise en compte de la relativité de ces notions et de l'absence d'homogénéité des phénomènes de sortie du champ pénal, une salutaire mise en garde contre l'impression d'un affaiblissement linéaire et inexorable de la peine, comme l'avait prédit Jhering<sup>49</sup>. L'époque contemporaine a vu également un accroissement considérable des comportements punissables et des peines qui leur sont assorties : loin d'une rétractation du champ pénal, il faudrait parler d'un redéploiement continu de la répression.

À la lumière de ce cadre conceptuel, l'on peut penser à des évolutions récentes qui ont modifié dans plusieurs pays l'étendue du champ pénal. Il s'agit bien sûr de l'abrogation ou de l'invalidation des lois anti-sodomie aux États-Unis<sup>50</sup>, des formes diverses de dépénalisation ou de décriminalisation de la consommation de certaines drogues<sup>51</sup>, de la suppression de l'adultère en Corée du Sud<sup>52</sup>, de la légalisation dans plusieurs pays de certaines formes d'euthanasie, mais aussi de la dépénalisation des violences domestiques en Russie<sup>53</sup>, de l'islamisation de la législation pénale à Brunei ou de celle projetée en Indonésie<sup>54</sup>, du développement des délits contre l'environnement<sup>55</sup>.

**3. À partir de ce constat d'une insuffisante prise en compte par le droit pénal comparé de la dynamique des lois de criminalisation et de décriminalisation, nous proposons d'orienter des recherches à**

<sup>48</sup> VAN DE KERCHOVE, 1987, p. 309-313.

<sup>49</sup> VAN DE KERCHOVE, 1987, p. 11.

<sup>50</sup> Le 26 juin 2003, la Cour suprême a invalidé la loi anti-sodomie du Texas dans la décision *Lawrence v. Texas* (539 US 558), mais le maintien de lois anti-sodomie dans certains États reste controversé.

<sup>51</sup> CABALLERO, BISIQU, 2000, p. 961-973 sur différentes formes de dépénalisation de la consommation de drogues dans des pays européens. Sur la dépénalisation ou la légalisation du cannabis dans plusieurs États américains,

<sup>52</sup> HAILLY, 2015 : c'est une décision de la Cour constitutionnelle qui a invalidé la loi pénalisant l'adultère pour atteinte au respect de la vie privée.

<sup>53</sup> LE MONDE.FR, AFP 2017 : « Russie : la loi sur la dépénalisation des violences domestiques promulguée par Vladimir Poutine », celle loi a remplacé des peines de prison par une simple amende.

<sup>54</sup> Le sultanat de Brunei a introduit la charia dans son droit pénal en plusieurs étapes à partir de 2014. En Indonésie, les partisans de la charia ont saisi la Cour constitutionnelle, en introduisant des règles conformes à la charia : SAPIIE, HALIM, 2017.

<sup>55</sup> FOSSIER, GUIHAL, ROBERT, 2017 pour un point de vue français qui tient compte des règles internationales et montre l'intérêt qu'il y aurait à développer des études de droit pénal comparé dans ce domaine.

venir sur la comparaison de ce que nous appelons des « lois prohibitives », en recourant par ce terme à un idéal-type ou à une taxinomie indépendante du vocabulaire utilisé dans tel ou tel système juridique. L'expression « loi prohibitive » puise ses sources dans la tradition des romanistes et des canonistes<sup>56</sup>, reprise au XVIII<sup>e</sup> siècle par Wolff et Kant (qui ont utilisé l'expression *lex prohibitiva*)<sup>57</sup> et sous la forme anglaise de « *prohibitive law* » par Bentham<sup>58</sup>. S'il n'y a pas de définition précise de cette expression, y compris chez Bentham, elle correspond à l'idée qu'à côté de lois qui ordonnent ou permettent, il y a des lois qui prohibent des comportements à travers une formule négative (elles ordonnent de ne pas faire quelque chose). Ces lois ont un caractère pénal dans la mesure où elles sont la plupart du temps sanctionnées par une peine (dans certains cas, la sanction en cas d'accomplissement d'un acte interdit est la nullité civile de cet acte)<sup>59</sup>.

Si l'on reprend notre problématique relative à la partie spéciale des législations pénales, déterminant les comportements punissables, il faut revenir à la critique pertinente que Kelsen a faite de la distinction, attribuée à Garofalo, entre *mala in se* et *mala prohibita*. Pour Kelsen, il existe seulement des *mala prohibita*, c'est-à-dire des actions ou abstentions assorties de sanctions par le droit positif, que les juristes doivent considérer comme des « actes illicites », quels que soient les jugements personnels sur le caractère nuisible ou non de ces actes. Kelsen va plus loin dans son analyse, en remarquant que toutes les expressions faisant référence à une « violation du droit » ou à une « négation du droit » à propos des infractions sont une « représentation fallacieuse »<sup>60</sup>. La loi pénale dit seulement que si une telle conduite a lieu, l'acte de contrainte (la peine) doit être réalisé, selon le schéma général des normes juridiques « si A est, alors B doit être ». Si l'on prend l'exemple du vol, aucune loi n'interdit le vol (sans doute parce que le législateur sait pertinemment qu'il y aura des vols), mais la loi sur le vol impose aux juges que les

<sup>56</sup> Si la compilation de Justinien n'utilise pas l'expression *lex prohibitiva*, le Code de Justinien (C. 1, 14, 5) prononce la nullité de toute convention contraire à *lege prohibente*. Pour un exemple dans le droit canonique, GIBERT, 1735, p. 34.

<sup>57</sup> WOLFF, 1782, p. 108 ; KANT, 1993, p. 97.

<sup>58</sup> BENTHAM, in BOWRING, 1843, vol. I, p. 393.

<sup>59</sup> ZUPPETTA, 1852, p. 141 distinguait ainsi les lois inhibitives ou prohibitives des lois prescriptives dans les codes pénaux du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>60</sup> KELSEN, 1999, p. 121.

personnes convaincues de vol soient sanctionnées par telle peine. L'acte illicite est dans le droit, et non pas une négation du droit, c'est une condition de mise en application de l'acte de contrainte. L'on pourrait dire qu'il existe « heureusement » des voleurs pour appliquer la loi pénale sur le vol.

Cette analyse nous paraît particulièrement éclairante en termes d'histoire du droit pénal et de droit pénal comparé. D'un point de vue historique, il y aurait lieu de s'interroger sur le passage d'interdits de nature religieuse et morale – comme le fameux « Tu ne tueras point » du Décalogue – à des lois pénales qui prévoient une peine en cas d'infractions comme l'homicide ou le vol. Ce « passage » a pu s'effectuer de manière très précoce, le Pentateuque contenant à la fois les interdits du Décalogue et les lois pénales, assorties de sanctions, du Lévitique et du Deutéronome. Les codes chinois se présentent dès le départ sous forme de lois pénales et non pas d'interdits. Il n'en reste pas moins que la révolution entamée par Beccaria en faveur de la légalité des délits et des peines constitue un basculement d'un ancien droit fondé sur des interdits, qui laissaient une grande marge de manœuvre aux juges pour la détermination des délits et des peines, au droit des codes qui abandonne les interdits au profit des règles sanctionnant les actes illicites.

On pourrait alors dire qu'il n'existe plus de « lois prohibitives », mais seulement des lois conditionnant des actes de contrainte à certains comportements. Kelsen a poussé cette logique positiviste jusqu'à une remarque particulièrement importante pour le droit comparé : « Un fait est acte illicite ou délit au regard d'un certain ordre juridique, parce que celui-ci y attache une sanction ; ce même fait ne l'est au contraire pas au regard d'un autre ordre juridique, qui lui n'y attache pas de sanction »<sup>61</sup>. L'opposition « loi prohibitive » / « loi permissive » retrouve ainsi un sens en droit comparé : on peut parler de loi prohibitive, en présence d'une loi qui, dans un ordre juridique déterminé, soumet un comportement à une peine, alors que le même comportement est permis dans un autre ordre juridique. S'il y a « prohibition » dans une loi pénale, elle est relative, c'est-à-dire qu'elle apparaît en creux à condition de faire la comparaison avec un ou plusieurs ordre(s) juridique(s) comportant

<sup>61</sup> KELSEN, 1999, p. 121.

## La comparaison entre lois prohibitives et lois permissives nous paraît offrir des perspectives heuristiques dans la compréhension des évolutions des phénomènes de criminalisation ou de décriminalisation.

une loi permissive à propos de la même conduite humaine. Nous retrouvons ainsi l'échelle de gradation proposée par Michel van de Kerchove entre criminalisation d'un comportement (sanctionné par une peine), dépénalisation du même comportement (atténuation ou suppression de la sanction pénale), décriminalisation (suppression de l'infraction) et légalisation (absence de mesures pour dissuader de ce comportement, autrement dit loi permissive, qu'elle soit expresse ou tacite). De cette taxinomie, que l'on peut assimiler au modèle de l'idéal-type, le traitement des relations homosexuelles par les ordres juridiques contemporains offre un bon exemple : tandis que les législations pénales de plus de 70 pays (en Afrique et en Asie notamment) criminalisent les relations homosexuelles (dans certains ordres juridiques, sous la menace de la peine de mort), dans plus de 120 ordres juridiques ces relations sont dépénalisées ou décriminalisées, et dans une cinquantaine d'États, l'on peut parler de légalisation au regard des lois « permissives » qui reconnaissent les partenariats et les mariages entre personnes du même sexe<sup>62</sup>.

La comparaison entre lois prohibitives et lois permissives nous paraît offrir des perspectives heuristiques dans la compréhension des évolutions des phénomènes de criminalisation ou de décriminalisation. En partant d'une définition neutre (ou « méta-juridique » pour utiliser le vocabulaire de Michel Troper concernant les concepts utilisés par la science du droit sans lien avec un ordre juridique déterminé<sup>63</sup>) d'un comportement, il apparaît possible, en enquêtant sur les normes en vigueur dans un ensemble d'ordre juridiques, de déterminer si ce comportement fait l'objet d'une loi prohibitive (c'est-à-dire d'une criminalisation) ou d'une des formes de loi permissive (de la dépénalisation à la légalisation, en passant par la décriminalisation). Ce type de recherches mettra en lumière les évolutions actuelles qui opposent les ordres juridiques nationaux en fonction de la présence contrastée de lois prohibitives ou permissives sur le même comportement. Pour aboutir à des tableaux comparatifs, il est clair que ce type d'enquête doit prendre en compte les énoncés législatifs, leur interprétation par la jurisprudence (les normes elles-mêmes), voire des renseignements sur l'application concrète de ces

<sup>62</sup> Ce sont les renseignements donnés par l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association ([www.ilga.org](http://www.ilga.org)) et retranscrits sous forme de carte ([http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_WorldMap\\_FRENCH\\_Overview\\_2017.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_FRENCH_Overview_2017.pdf) consulté le 7 juillet 2017).

<sup>63</sup> TROPER, 2011, p. 261-262.

normes (la connaissance des poursuites et des peines prononcées est importante, même si le seul fait de l'existence de la norme a une portée symbolique incontestable). Dans certains domaines, le tableau ne peut avoir la simplicité qu'il a en termes de criminalisation, décriminalisation ou légalisation des lois homosexuelles. Les études qui ont été menées sur l'avortement, et ont pu aussi aboutir à des tableaux et à des cartes<sup>64</sup>, montrent qu'il est peu de pays qui criminalisent (ou « prohibent ») l'avortement dans tous les cas et qu'il faut en conséquence faire intervenir d'autres critères dans la comparaison des droits (les conditions relatives à la situation de la mère ou de l'embryon, les conditions relatives au délai ou à l'encadrement médical) pour établir une échelle de la criminalisation à la légalisation. Sur d'autres sujets comme la législation relative aux stupéfiants, les violences domestiques, le droit pénal de l'environnement, la lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent, il nous semble qu'il serait possible de mener de telles analyses comparant les lois prohibitives et les lois permissives<sup>65</sup>. La réalisation de cartes, sans ajouter d'informations supplémentaires, permettrait de visualiser des évolutions dans l'espace et dans le temps et de proposer différentes hypothèses de lecture de ces phénomènes.

Cette méthode nous paraît présenter d'autres avantages. Elle met en lumière la persistance (voire l'aggravation), particulièrement visible dans le droit pénal, de clivages entre les ordres juridiques qui ont des effets de grande ampleur sur les personnes concernées (on est ici en présence d'une *hard law*, loin des tableaux lénifiants, présentés aujourd'hui sur l'essor de la *soft law*) et traduisent des différences qui ne sont pas liées aux traditionnelles « familles de droit ». Appliqué au droit pénal comparé, ce type de recherches est susceptible de relancer les réflexions sur les facteurs qui conduisent à un moment donné à la criminalisation ou à la décriminalisation d'un comportement. Il ne s'agit pas de révéler un quelconque « choc des civilisations » dans la mesure où l'on voit bien qu'un même pays peut avoir connu des alternances entre lois prohibitives et lois permissives sur le même sujet. Il ne faut pas de manière générale réduire l'explication à l'idée,

<sup>64</sup> Center for Reproductive Rights propose une telle carte sur <http://worldabortionlaws.com/about.html> (consulté le 7 juillet 2017).

<sup>65</sup> En sens inverse, dans les domaines (comme l'homicide) où le même comportement est partout sanctionné pénalement (même si les conditions et la nature des sanctions varient), cette opposition entre lois prohibitives et lois permissives n'a pas lieu d'être.

**L'étude diachronique des évolutions entre lois prohibitives et lois permissives aide précisément à nuancer les vues simplistes sur les cultures nationales et à montrer comment à un moment donné, les conflits entre valeurs se résolvent dans une norme juridique.**

qui avait été lancée au début du XX<sup>e</sup> siècle par Max Ernst Mayer<sup>66</sup>, d'une norme culturelle (traduisant des valeurs auxquelles la société serait attachée) présente derrière chaque norme pénale. Non seulement, les sociétés ne partagent pas de manière unanime des valeurs collectives qui seraient « traduites » dans la législation pénale, mais cette dernière résulte de commandements susceptibles d'être inspirés par plusieurs valeurs ou, dans certains cas, par des objectifs pragmatiques sans rapport avec des valeurs. L'étude diachronique des évolutions entre lois prohibitives et lois permissives aide précisément à nuancer les vues simplistes sur les cultures nationales et à montrer comment à un moment donné, les conflits entre valeurs se résolvent dans une norme juridique. Quand les États-Unis sont passés des lois anti-sodomie à la légalisation des mariages homosexuels, on ne peut pas réduire ce basculement opéré par des décisions de la Cour suprême à un simple changement de valeurs.

Enfin, loin d'isoler le droit pénal comparé en tant que champ d'études, la réflexion que nous proposons sur la notion de « lois prohibitives » peut être élargie à d'autres parties du droit, dans lesquelles peuvent se retrouver en présence des lois prohibitives et permissives pour le même comportement. Si l'on prend l'exemple du divorce, aujourd'hui prohibé seulement aux Philippines, il y a bien lieu de distinguer historiquement des lois prohibitives (qui n'interdisaient pas la séparation de fait, mais refusaient de mettre fin au lien matrimonial) et des lois permissives qui organisent des procédures de divorce. En droit constitutionnel une loi prohibitive, interdisant dans un ordre juridique plusieurs mandats présidentiels successifs ou le cumul de mandats, s'oppose à une loi permissive (en générale tacite) qui dans un autre juridique permet ce type de comportements. En dépassant le strict domaine des sanctions pénales, l'analyse de ces dynamiques des lois prohibitives s'inscrit dans une méthode qui conserve au droit comparé son caractère universel et ses vertus scientifiques, aussi bien que sa dimension subversive.

<sup>66</sup> M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1905.

## RÉFÉRENCES

- ANCEL, M. *Les Codes pénaux européens*, Paris, Centre français de droit comparé, 1956-1971, 3 vol.
- BECCARIA, C. *Des délits et des peines*, trad. fr. M. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991.
- BENTHAM, J. *Principles of Penal Law*, in BOWRING, J. *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, W. Tait, 1843.
- BONINCHI, M. *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 2005.
- BOURDIEU, P. « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986.
- BUSTOS, J. VALENZUELA BEJAS, M. BERNAT DE CELIS, J. ANCEL, M. *Le système pénal des pays d'Amérique latine*, Paris, A. Pedone, 1983.
- CABALLERO, Fr. BISIQU, Y. *Droit de la drogue*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2000.
- CAULKINS, J.P. KILMER, B. KLEIMAN, M.A.R. MACCOUN, R.J. MIDGETTE, G. OGLESBY, P. LICCARDO PACULA, R. REUTER, P.H. *Considering Marijuana Legalization : Insights for Vermont and Other Jurisdictions*, Santa Monica, Rand, 2015.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014.
- CHARNAS, I. « L'incrimination de l'usage et du trafic de stupéfiants », in L. Mucchielli, Ph. Robert (Dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002.
- DEBUYST, Ch. DIGNEFFE, Fr. LABADIE, J.-M. PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Boeck Université, 1995.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1938.
- DUBBER, M. D. « Comparative Criminal Law », in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. HÖRNLE, T. (Eds.) *Criminal law : a comparative approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FEUERBACH, J. A. « Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran », *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, 1800, p. 163-192.
- FOSSIER, Th. GUIHAL, D. ROBERT, J.-H. *Droit répressif de l'environnement*, Paris, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2017.
- FRANKENBERG, G. *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, Elgar, 2016.



\_\_\_\_\_. (Org.) *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, Elgar, 2013.

GAROFALO, R. *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, F. Alcan, 1888.

GIBERT, J. P. *Corpus juris canonici : per regulas naturali ordine digestas*, Coloniae Allobrogum, 1735.

GRAZIADEI, M. « Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions », in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 441-474.

HAILJY, « South Koreans and Adultery », *The New York Times*, April 1, 2015.

HALPÉRIN, J.-L. « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, 2010/2.

\_\_\_\_\_. *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2<sup>e</sup> éd., 2006.

HELLER, K. J.; DUBBER M. D. (Eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2011.

HUANG, P. C. C. *Civil Justice in China. Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996.

HUSA, J. « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility ? », *Revue internationale de droit comparé* 2006.

JALUZOT, B. « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *Revue internationale de droit compare*, 2005.

JEAMMAUD, A. LE FRIANT, M. LYON-CAEN, A. « L'ordonnement des relations du travail », *Recueil Dalloz* 1998.

KANT, E. *Métaphysique des mœurs. Première Partie. Doctrine du droit*, trad. fr. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993.

KEILER, J. ROEF, D. *Comparative concepts of criminal law*, Cambridge, Intersentia, 2015.

KELSEN, H. *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, LGDJ-Bruylant, 1999.

KESPER-BIERMANN, S. OVERATH, P. *Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930). Deutschland im Vergleich*, Berlin, BWV, 2007.

LE MONDE.FR, AFP. « Russie: la loi sur la dépenalisation des violences domestiques promulguée par Vladimir Poutine », *Le Monde*, 7 février 2017.

MAYER, M. E. *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1905.

MICHAELS, R. « The Functional Method of Comparative Law », in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.

MILLARD, É. « Ce que « doctrine » veut dire », in Association française pour la recherche en droit administratif, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010.

MITTERMAIER, C. J. A. « Die Wissenschaft der vergleichenden Gesetzgebung », *Heidelberger Jahrbücher der Literatur*, 1858.

\_\_\_\_\_. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1835.

MOHNHAUPT, H. « Rechtsvergleichung in Mittermaiers „Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“ (1829-1856) » in STOLLEIS, M. (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, p. 277-301.

MUIR-WATT, H. « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé* 2000.

MURCHISON, K. M. *Federal Criminal Law Doctrines : The Forgotten Influence of National Prohibition*, Durham-London, Duke University Press, 1994.

ORTOLAN, J.-L.-E. *Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique. Méthode et sommaire de cours en 1838*, Paris, Joubert, 1839.

\_\_\_\_\_. *Cours de législation pénale comparée. Analyse des cours de 1839-1840 recueillis et publiés par G. Narjot*, Paris, Joubert, 1841.

OST, Fr. VAN DE KERCHOVE, M. de. « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in Fr. Chazel, J. Commaille (Dir.), *Normes juridiques et régulations sociales*, Paris, LGDJ, 1991.

PALAZZO, Fr. PAPA, M. *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

PFERSMANN, O. « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit » in *Variations autour d'un droit commun. Tavaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001.

PONTHOREAU, M.-C. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.

PRADEL, J. *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

REIMANN, M. ZIMMERMANN, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.

ROSS, A. « Tû-Tû », trad. fr. É. Millard et E. Matzner, enquête 1999.

- ROTH, A. « Strafrechtliche Zeitschriften im 19. Jahrhundert. Diskussionforum oder Gesetzinterpret? », in STOLLEIS, M. (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, p. 304.
- SACCO, R. *La comparaison juridique au service la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.
- SANFORD, H. S. *The Different Systems of Penal Codes in Europe*, Washington, Beverley Trucker, 1854.
- SAPIIE, M. Afra HALIM, H. « RI may see more sharia-based laws », *The Jakarta Post*, April 10, 2017.
- STOLLEIS, M. (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999.
- TARDE, G. *La criminalité comparée*, Paris, Alcan, 2<sup>e</sup> éd., 1890.
- TROPER, M. *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011.
- US COURT. *Lawrence v. Texas* (539 US 558).
- VAN DE KERCHOVE, M. *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1987.
- VITOUX, P.-L. *La question de la prohibition aux États-Unis : étude de droit constitutionnel et de droit international*, thèse droit, Paris, 1930.
- VON LISZT, Fr. « Introduction. Coup d’œil rétrospectif et plans d’avenir », in Union internationale de droit pénal, *La législation pénale comparée*, Berlin, O. Liebmann, 1894.
- WATSON, A. LEGRAND, P. « The Impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997.
- WOLFF, Ch. *Institutions du droit de la nature et des gens*, Leyde, Elie Luzac, 1782.
- ZUPPETTA, L. *Corso completo di legislazione penale comparata*, Torino, Tipografia economica, vol. I, 1852.
- ZWEIGERT, K. KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*, translated by WEIR, T. Oxford, Clarendon Press, 1998.