

# LE DROIT "JUDICIEL" ET UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA CLASSIFICATION DES BRANCHES PENALES DU DROIT (\*)

*Nurullah KUNTER*

Professeur à la Faculté de Droit d'Istanbul

## 1 — Présentation

Chacun classifie et dénomme à sa manière les branches du droit se rapportant à la peine. On peut dire toutefois qu'une certaine majorité s'est établie d'après laquelle le droit pénal au sens large comprendrait: 1°) le droit pénal au sens étroit (ou le droit, pénal matériel), 2°) la procédure pénale (ou le droit pénal formel), 3°) le droit pénitentiaire (ou le droit pénal exécutif).

Comme nous avons des opinions quelque peu différentes sur ces points, il nous serait agréable de les présenter comme une modeste contribution, telle une poignée de fleurs simples et presque sauvages cueillies dans nos champs, à l'hommage collectif rendu à Monsieur le Doyen Pierre Bouzat à l'occasion de sa retraite.

## 2 — Le droit et sa classification

Paut-être serait-il mieux de commencer par ce que nous entendons par le droit. Disons d'emblée que nous employons ce terme pour désigner la science du droit, c'est-à-dire l'ensemble harmonieux et cohérent des connaissances sur les normes qui constituent l'ordre juridique. Il ne s'agit pas de droit positif d'un Etat déterminé. Il est bien sur que cette science, enseignée dans un Etat déterminé doit

(\*) Cet article, préparé comme contribution de l'auteur aux Mélanges Bouzat, est reproduit sur autorisation spéciale.

exposer systématiquement les normes du droit positif de cet Etat. Mais il n'est pas moins sûr que, sauf pour les partisans de la théorie pure du droit, chacun doit avoir un esprit critique et faire connaître sa propre interprétation, ou s'il le faut sa propre création, en vue des besoins de l'équité et de l'utilité sociale de l'époque. Comme toutes les sciences, la science du droit est universelle, en ce sens que les normes juridiques devraient être identiques si les conditions étaient les mêmes partout dans le monde. Ceci n'exclue pas la diversité des ordres juridiques en fonction des diverses conditions des milieux sociaux, comme la diversité des malades ne fait pas obstacle à l'universalité de la médecine.

La science divise le droit en branches et sous-branches, constituant ainsi une sorte d'arbre généalogique qui montre les liens de parenté entre les sciences juridiques. Cette division varie d'un auteur à l'autre. La plupart cependant se réfèrent à la classification et à la dénomination traditionnelles, se rendent compte en ce qui concerne les branches dont ils s'occupent que la classification ne satisfait pas toujours à l'esprit du système et que la dénomination est quelquefois défectueuse et finissent par apporter des retouches aussi bien à la classification qu'à la dénomination. Cela a été exactement notre cas. Une branche nous a particulièrement intéressé, branche que nous enseignons à la Faculté de Droit d'Istanbul depuis 1946 et exclusivement depuis 1953: la procédure pénale. Soucieux de connaître sa place dans l'ensemble des sciences juridiques et accordant une importance toute spéciale à l'étude des principes généraux et des notions fondamentales sur lesquels reposent non seulement la procédure pénale mais toutes les autres branches descendant des ancêtres communs, nous avons été amené à esquisser une théorie partiellement générale du droit. Par exemple, s'agit-il d'action pénale, publique ou privée, nous avons tâché de la suivre à travers les branches soeurs en remontant jusqu'à l'action en justice ou s'agit-il d'une décision juridictionnelle jusqu'à l'acte juridique, notion commune dans toutes les branches du droit.

Nous divisons le droit en deux catégories: droit public et droit privé. Et, tout naturellement, c'est le droit public qui nous intéresse. Parmi les branches de celui-ci, deux seulement retiennent notre attention: le droit répressif et le droit judiciaire.

### 3 — Droit répressif

La première branche du droit public qui nous intéresse est celui qui étudie les normes juridiques relatives aux crimes et aux peines. Ce n'est pas par hasard que les termes droit criminel et droit pénal sont couramment employés comme synonymes pour désigner cette branche du droit. Ceux qui parlent de droit criminel donnent la priorité à la première partie du contenu. Si c'est la peine qui l'emporte, on la dénomme droit pénal. On devrait en réalité l'appeler droit criminel et pénal. C'est ce que nous faisons en turc, faute d'avoir trouvé un terme générique comprenant les deux espèces du genre. En français, il nous semble qu'on pourrait la dénommer droit répressif. Nous pensons que ce terme générique a l'avantage d'être conforme au contenu et de ne pas créer la confusion avec ses propres divisions que nous appellerons respectivement droit criminel et droit pénal.

### 4 — Droit criminel

Le droit criminel et le droit pénal sont à notre avis deux sous-branches du droit public, bien distinctes l'une de l'autre. Le droit criminel s'occupe des crimes et des criminels. Est-il nécessaire d'ajouter que nous employons le terme crime au sens large, c'est-à-dire au sens de l'infraction désignant aussi bien les crimes que les délits et les contraventions du droit français ainsi que les infractions d'ordre administratif (*Ordnungswidrigkeiten*) du droit allemand. Le droit criminel, dans la première partie qui traite des crimes, énumère les infractions, détermine leurs éléments constitutifs, règle les problèmes relatifs à leur perpétration (tentative, complicité, cumul et récidive). Dans sa deuxième partie qui a pour objet les criminels, il étudie les normes relatives à la responsabilité pénale (responsabilité normale, atténuée ou aggravée).

### 5 — Droit pénal

Le droit pénal s'occupe des peines au sens large, donc y compris les mesures de sûreté appliquée soit conjointement avec les peines soit à la place de celles-ci et les sanctions répressives prévues pour les infractions d'ordre administratif.

Jusqu'ici nous ne différons pas des autres qu'en réclamant l'autonomie du droit pénal vis-à-vis du droit criminel, au lieu de les considérer comme deux parties d'une seule branche du droit public. Ceci pour plus d'une raison.

Aujourd'hui personne ne nie la distinction entre la procédure pénale et le droit pénal, même lorsque l'enseignement se fait par une seule chaire (ce n'est plus le cas de notre Faculté depuis 1969), vu la différence entre les objets de ces branches. Alors, comment prétendre que le droit criminel et le droit pénal ont le même objet ou qu'il n'y a pas de différence entre le crime et la peine.

Ce n'est pas tout. Il y a le problème relatif à la branche appelée par les uns science pénitentiaire, par les autres droit pénitentiaire ou encore droit pénal exécutif (*diritto penale esecutivo*). A notre avis, s'agissant d'une branche du droit, le mot droit doit figurer dans la dénomination. Le mot science prête à la confusion et doit être évité. Car il existe bien une science pénitentiaire ou mieux la science appelée pénologie qui n'est pas une science normative et qui est par rapport au droit pénal ce qui est la criminologie par rapport au droit criminel.

On pourrait peut-être nous objecter que par la science on entend la science du droit. Alors, pourquoi le mot science ne figure-t-il pas dans la dénomination d'autres branches? Pourquoi fait-on une distinction entre droit criminel et sciences criminelles?

D'autre part, l'adjectif pénitentiaire ne nous paraît pas acceptable, car il évoque l'exécution des peines privatives de liberté, tandis que la branche en question s'occupe de toutes les peines, qu'elles soient privatives ou non.

De même, il nous paraît inacceptable de l'appeler droit pénal exécutif, car ce terme fait entendre que nous sommes en présence d'une branches du droit pénal. Ce qui, d'après nous, n'est pas le cas et c'est l'une des nouveautés de notre classification. En voici l'explication: Chacun le sait, depuis une cinquantaine d'années environ, on discute si le droit pénitentiaire est ou non une branche autonome du droit pénal au sens large. On se souviendra que le Congrès de Palerme de 1933 a consacré l'autonomie du droit péni-

tentiare et l'a défini comme "l'ensemble des normes législatives qui réglementent les rapports entre l'État et le condamné du moment où la décision de condamnation justifie l'exécution jusqu'à l'achèvement de celle-ci au sens le plus large". Nous avons choisi l'autonomie en 1943 sous le nom turc correspondant au "droit exécutif pénal". Mais c'est seulement ces dernières années — depuis la première édition de notre "droit judiciaire pénal" (en turc) en 1960 — que nous l'avons amalgamé avec ce qui resterait de la deuxième partie du droit criminel (ou pénal) traditionnel, en leur donnant la dénomination spécifique de droit pénal. Nous sommes persuadé que le problème de savoir comment une peine est exécutée ne peut pas être séparé du problème de savoir ce qu'est une peine et que ces problèmes sont si différents de celui de savoir quel sont les actes incriminés et qui en seront punis que les branches du droit qui s'occupent de tout ces problèmes ne peuvent être considérées comme constituant une seule branche autonome. C'est pour ces raisons que nous appelons droit pénal cette branche autonome du droit complexe qu'est droit repressif, branche qui a pour objet les normes gouvernant les peines au sens large et leur exécution.

#### 6 — Procédure ou droit?

Comment dénommer la branche qui étudie (ou plutôt doit étudier car elle est presque méconnue) les normes juridiques régissant le processus de trancher n'importe quel litige porté devant un organe juridictionnel? On parle en général de procédure pénale lorsqu'il s'agit d'un litige d'ordre pénal ou de procédure civile lorsqu'on est en présence d'un litige civil. Pouvons-nous en déduire que, en français, le terme générique comprenant toutes les espèces du genre est "la procédure" tout court?

A notre avis, la procédure est un terme trop général pour désigner la procédure de juger les litiges seule. En effet, elle indique l'ensemble des normes juridiques qui régissent les manières d'agir constituant un processus pour arriver à un but déterminé. Ce but n'est pas exclusivement de trancher les litiges portés devant les organes juridictionnels. C'est pourquoi la procédure se retrouve dans tous les domaines du droit où il y a un processus à régir. Tel est le cas par

exemple de la procédure législative. Il ne suffit donc pas de dire la procédure, il faut en outre préciser de quelle procédure il s'agit.

Par exemple on pourrait soutenir que quand on dit la procédure pénale, l'adjectif judiciaire ou quelque chose de similaire est sous-entendu. D'accord. Mais qu'allons nous faire si nous voulons désigner la branche mère, droit qui s'occupe de toutes les espèces du genre, c'est-à-dire de la procédure suivie pour juger n'importe quel litige? Comme le terme procédure ne saurait suffir, nous devons y ajouter un adjectif qualificatif. Lequel? Nous y reviendrons. Admettons pour le moment que ce soit "judiciaire".

Dès lors, nous devons nous demander si l'expression procédure judiciaire est la dénomination la plus adéquate pour désigner l'ensemble des normes juridiques en question. Puisqu'il s'agit d'une branche du droit, ne faut-il pas le relever dans la dénomination, à l'instar des autres branches. Y a-t-il une raison pour lui dénier cette qualité? Evidemment non. D'ailleurs il s'agissait d'une discrimination dont le fondement remonte à l'époque où la procédure pénale et la procédure civile n'étaient pas considérées comme des branches autonomes respectivement du droit pénal et du droit civil, mais des parties plutôt secondaires de ceux-ci. Nous constatons que ce temps est révolu ou presque, qu'on se rend compte de l'injustice de cette discrimination et qu'on commence à employer le mot droit (*diritto*, *Recht*) à la place de procédure. Nous avons appelé ce phénomène en turc "la juridification" de la procédure "judicielle" en général, de la procédure pénale en particulier. En français il serait peut être préférable de le nommer "la scientification", pour mieux exprimer que la procédure dite judiciaire n'est plus ce qu'elle était, et est devenue une branche autonome de la science juridique.

Alors, un nouveau problème se pose: comment dénommer cette branche du droit? Nous y répondrons par passant en revue les dénominations existantes.

### 7 — Droit procédural ou processuel?

Le terme "droit procédural" (*diritto procedurale*, *Verfahrenrecht*) (ou "droit de procédure" qui revient au même), ne pour paraît pas convenable. En effet ce terme constitue un pléonasse, pour la simple

raison que les mots droit (ou de Code) et procédure expriment au fond la même chose: un ensemble des normes juridiques. Le fait que les normes de procédure régissent une marche à suivre n'y change rien. La dénomination "Code d'Instruction criminelle" du Code français de 1808 était à notre avis plus pertinente de ce point de vue.

En outre, le terme droit procédural a ceci d'inconvénient qu'il désigne non seulement les procédures dites judiciaires, mais toutes les procédures. C'est pour cette raison qu'il est employé quelquefois à ce sens général (par exemple Pescatore: Introduction à la science du droit, Luxembourg, 1960, p. 28). Est-il nécessaire d'ajouter qu'au sens général, il ne s'agit plus d'une branche du droit, mais d'une partie intégrante de chaque branche.

Quant au terme droit processuel (*diritto processuale*, *Prozessrecht*), il attire les mêmes reproches que le droit procédural. En effet, nous ne voyons pas une grande différence entre ces deux termes. Car le processus est inclu dans la procédure qui n'est que l'ensemble des normes réglementant les manières d'agir successives constituant un processus. Ajoutons que Carnelutti s'est rendu compte au terme de sa carrière de grand "judicialiste" (processualiste aurait dit celui qui traduit à la lettre le mot *processualista*) que le terme "processo" devrait être remplacé par "giudizio", comme cela a été autrefois (Torniamo al giudizio, *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, 165).

### 8 — Droit juridictionnel?

Peut-on appeler la branche du droit dont nous nous occupons "droit juridictionnel", comme le font certains auteurs turcs récents? En turc, cela s'entend.

Nous ne le croyons pas. En effet, l'adjectif juridictionnel se réfère à la fonction principale des juges, appelée "juridiction" (*giurisdictio*, dire le droit), que les Français préfèrent dire "fonction juridictionnelle". Si l'on part de l'idée que c'est le juge qui juge, seul, en exerçant la fonction juridictionnelle, il n'y a rien à dire. Mais pour nous, ce point de départ ne reflète pas la réalité juridique. Car, comme l'a fort bien montré Foschini, un autre grand "judicialiste"

(Sistema del diritto processuale penale, vol. I, 2<sup>a</sup> edizione, 1965 Milano, p. 217), la fonction de juger les litige est collective en ce sens qu'elle est exercée aussi bien par le juge que par les parties et qu'il ne faut pas confondre la fonction de juger et celle de décider qui est, elle, la fonction exclusive du juge.

### 9 — Droit judiciaire?

Ayant éliminé les termes "droit procédural", "droit processuel" et "droit juridictionnel", il nous reste le terme "droit judiciaire" (diritto giudiziario), employé de plus en plus en français, exclusivement ou presque lorsqu'il s'agit de procédure civile au sens propre ou large, d'où le terme droit judiciaire privé.

A notre avis, le terme droit judiciaire aussi n'est pas à l'abri des critiques. D'abord, l'adjectif judiciaire est équivoque. Il désigne aussi une relation avec la justice. Ce qui fait que le terme droit judiciaire sert à désigner le droit qui traite des normes relatives non seulement au jugement des litiges, mais aussi à l'exécution des décisions rendues.

Ensuite, l'adjectif judiciaire, même au sens étroit, se rapporte aussi bien au juge qu'au jugement ou au juge seul. C'est-à-dire que le côté juge l'emporte sur le côté jugement. Or, comme nous venons de signaler, le jugement, au sens de l'action et non pas du résultat de cette action, est une fonction collective composée de trois fonctions, à savoir 1) la fonction du juge (ou la juridiction), 2) la fonction de la partie demanderesse (ou la demande), 3) la fonction de la partie défenderesse (ou la défense). Une référence au juge s'avère donc insuffisante, comme c'est le cas dans le terme droit juridictionnel.

Enfin, un adjectif qualificatif se rapportant au jugement est d'autant plus approprié aujourd'hui que le jugement n'est plus ce qu'il était autrefois. En effet, on se rend compte de plus en plus que le jugement d'un litige n'est pas seulement une fonction, collective ou pas, exercée seulement quand le litige est devant le tribunal qui statue en premier ressort, désigné en français sous le terme "juridiction de jugement", terme suranné employé par opposition au terme juridiction d'instruction. Aujourd'hui on ne peut pas ne pas



voir que l'exercice de cette fonction commence dès qu'il y a un litige, donc une chose à juger et continue jusqu'au moment où la chose à juger devient la chose jugée. Cela veut dire que le jugement commence quelquefois avant que l'affaire soit portée devant le tribunal. Sans oublier que les litiges secondaires surgis à l'occasion du litige principal à savoir les incidents, les voies de recours et les litiges relatifs à l'exécution, ont besoin, eux aussi, d'être jugés.

#### 10 — Droit judiciaire

Nous venons de montrer que : 1°) lorsqu'on dit droit procédural (ou processuel), il est sous-entendu qu'il s'agit de procédure (ou de processus) de jugement qu'il faut l'exprimer nettement, 2°) que le terme juridictionnel ne couvre pas la fonction collective appelée jugement, 3) que le terme judiciaire se rapporte plutôt au juge qu'au jugement et en outre exprime plus qu'il n'en faut. D'où il s'ensuit qu'il nous faut trouver un terme se rapportant seulement au jugement collectif, sinon au jugement tout court, des litiges. Un tel terme aura en outre l'avantage de mettre en relief l'objet exclusif de cette branche dont nous nous occupons, car il fera comprendre que la fonction d'exécuter les décisions rendues, c'est-à-dire la fonction qui suit celle de juger ne rentre pas dans le cadre de cette branche.

En turc, nous avons un mot qui exprime la notion du jugement collectif. C'est "muhakeme". Alors on n'a qu'à dire droit de "muhakeme". Mais comment le traduire? Il nous a été impossible de trouver l'adjectif qui exprime la relation même avec le jugement tout court et tout seul et le terme droit de jugement (ou du jugement) nous a paru incertain.

Que faire? Qu'il nous soit permis de suggérer le terme "droit judiciaire" (en italien *diritto giudiziale*). Nous nous excusons de notre audace et espérons que le lecteur français ne sera pas trop choqué par ce terme insolite et n'aura pas de difficulté pour comprendre de quoi il s'agit, car l'adjectif judiciaire n'est pas tout à fait étranger à la langue française, puisqu'il existe sous forme de "préjudiciel", donc accouplé d'un préfixe. Par exemple, la question qui doit être jugée avant le jugement de la question principale s'appelle "question préjudicielle". Le lecteur italien aura plus de chance, car l'adjectif

“giudiziale” existe dans sa langue à côté de l’adjectif “giudiziario”. Il paraît que les Italiens les considèrent comme synonymes. Ne serait-il pas préférable de faire une distinction suivant qu’il s’agit de “giudizio” ou de “giudice”?

L’existence d’une branche du droit public comprenant toutes les normes relatives au processus de trancher les litiges n’est pas généralement reconnue. D’après l’opinion dominante, qui est la survivance des temps où la procédure ne constituait pas une branche à part, chaque branche du droit a ses propres sous-branches relatives au fond et à la procédure. Cela revient à dire qu’il y a plusieurs sous-branches relatives à la procédure et que celles-ci ne sont pas des sciences soeurs descendant du même ancêtre. Cette thèse nous paraît inacceptable pour les raisons suivantes:

a) Ces sous-branches ne contiennent pas que des normes de forme, mais aussi des normes de fond.

b) Presque toutes les notions fondamentales de ces sous-branches sont communes (le fait que les problèmes de fond sont réglés quelquefois différemment n’a pas d’importance, puisque cela se rencontre même dans une seule sous-branche).

c) Les relations entre les notions communes sont plus étroites que celles existant entre le droit dit de fond et le droit dit de forme. Comme il est contraire à la logique qu’une sous-branche soit issue de deux branches différentes, il convient de choisir les relations les plus étroites.

Le droit judiciaire se divise à notre avis en quatre sous-branches: 1) le droit judiciaire pénal 2) le droit judiciaire privé 3) le droit judiciaire administratif et 4) le droit judiciaire constitutionnel.

Le droit judiciaire n’étant qu’une branche du droit public, on ne peut, à notre avis, ni reconnaître à l’une de ses sous-branches, à savoir au droit judiciaire privé un caractère mixte ou dire que seulement certaines de ses normes appartient au droit public, ni à plus forte raison crier à la “publicisation” du droit privé, car à supposer que la procédure civile soit la procédure de la mise en oeuvre des droits subjectifs civils, ceux-ci restent tels qu’ils sont et c’est la fonction de juger les litiges surgis au sujet de ces droits qui est réglée par le droit public.

Notons aussi que l'organisation de la justice n'est pas étrangère au droit judiciaire et les normes qui la régissent rentrent dans le cadre de cette branche du droit public, puisque la réglementation d'une fonction ne peut pas se concevoir sans les organes et les sujets qui l'exercent.

### 11 — Droit judiciaire pénal

Nous sommes persuadé que la dénomination "droit judiciaire pénal" est la plus appropriée, car il exprime l'idée qu'il s'agit :

1°) d'une branche de la science du droit d'où le mot droit à la place du mot procédure),

2°) d'une branche du droit dont l'objet est le jugement des litiges (d'où l'adjectif judiciaire qui suit immédiatement le nom) et non pas du droit pénal (sinon on l'aurait appelée droit pénal judiciaire),

3°) d'une sous-branche du droit public (cela est sous-entendu, puisque le droit judiciaire dont elle est issue ne peut être qu'une branche du droit public, la fonction de juger les litiges incombant à l'Etat seul).

Il s'ensuit que les deux sous-branches du droit répressif, à savoir le droit criminel et le droit pénal, sont les cousines germaines du droit judiciaire pénal, car le droit répressif aussi est issu du droit public.

Ajoutons pour finir que si nous qualifions cette branche du droit judiciaire de "pénal" au lieu de criminel, c'est parce que, tout bien pesé, c'est la peine qui l'emporte. En effet, c'est elle qui sera appliquée en fin de compte à la personne reconnue coupable d'avoir commis le crime.