

Cours de code pénal, explication théorique et pratique des dispositions préliminaires et des deux premiers livres du [...]

Bertauld, Alfred (1812-1882). Cours de code pénal, explication théorique et pratique des dispositions préliminaires et des deux premiers livres du Code pénal, par M.-A. Bertauld,.... 1854.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

- *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

COURS DE CODE PÉNAL

EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES ET DES DEUX PREMIERS
LIVRES DU CODE PÉNAL

PAR

M. A. BERTAULD,

Professeur de Procédure civile et de Législation criminelle à la Faculté
de Droit, avocat à la Cour impériale de Caen.

PARIS,
VIDÉCOQ, ÉDITEUR,
LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,
Rue Soufflot, 4, près la Faculté de Droit.

CAEN,
LE GOST-CLÉRISSE,
LIBRAIRE-ÉDITEUR,
Rue Ecuillère, 36.

1854.

F

COURS

3992

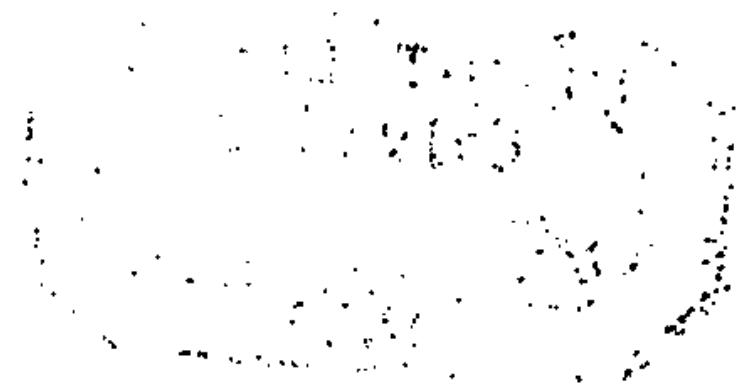
DE

CODE PÉNAL.

F

29276

CAEN, IMPRIMERIE ADM. ET COM. B. DE LAPORTE ET C^e.



COURS DE CODE PÉNAL

EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES

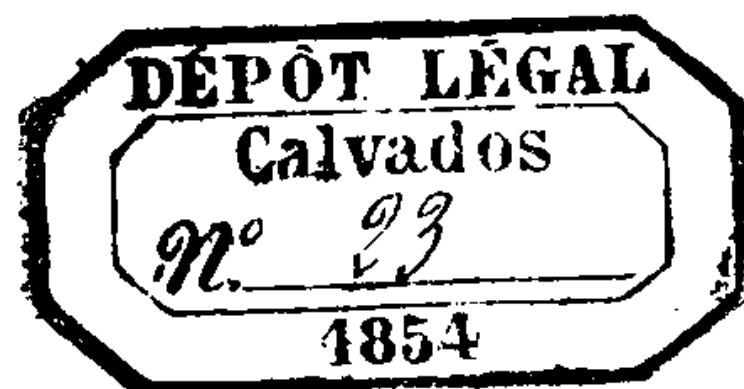
DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES ET DES DEUX PREMIERS LIVRES
DU CODE PÉNAL.

PAR

M. A. BERTAULD,



PROFESSEUR DE PROCÉDURE CIVILE ET DE LÉGISLATION CRIMINELLE A LA FACULTÉ
DE DROIT, AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN.



PARIS,
VIDECOCQ, libr.-éditeur,
rue Soufflot, 1.

CAEN,
LE GOST-CLÉRISSE,
lib.-édit., rue Ecuillère, 36.

1854.

PRÉFACE.

Si le Droit pénal ne compte pas encore aujourd'hui, en France, autant d'interprètes que le Droit civil, s'il n'a pas surtout autant profité que d'autres parties du Droit des grands travaux de philosophie et d'histoire qui seront l'une des gloires de notre siècle, au moins il n'est plus négligé et dédaigné : il est représenté par des hommes considérables, et, entre les livres qui le traduisent, il en est assurément d'excellents ; précieux pour les jurisconsultes chargés de préparer ou de faire l'application de la loi, ils ne le sont guère moins pour le législateur qu'ils éclairent dans la voie si périlleuse des réformes. Mais sont-ils, et je parle des meilleurs, bien propres à initier à la science, à faciliter son accès ? Justement parce qu'ils sont un indispensable secours pour ceux qui savent déjà beaucoup, parce qu'ils offrent une extrême variété d'aperçus, une merveilleuse richesse d'observations et de développements , justement ,

en un mot, parce qu'ils visent à être complets et ont les qualités qui font les bons livres, ils sont destinés à fortifier et non à constituer l'enseignement ; ils ne peuvent réunir les conditions d'un livre élémentaire.

Les idées universellement admises, les doctrines acceptées, ils les supposent connues et justifiées ; ils les rappellent, s'y réfèrent et se dispensent, avec raison, d'expliquer leur origine historique ou leur fondement rationnel ; ils ont bien autre chose à faire, vraiment ! tant de controverses sérieuses, tant de difficultés véritables, tant de problèmes ardu, tant de détails compliqués sont à éclaircir !

L'auteur s'adresse à des intelligences mûries par l'expérience et le travail ; son but, c'est de féconder et d'agrandir la science, c'est de compléter l'œuvre déjà faite et de venir en aide à la réflexion solitaire. Le professeur, lui, n'agit pas sur des notions acquises ; il ne cherche pas à modifier, à étendre des idées, à combler des lacunes ; sa tâche est plus modeste, mais non moins difficile : il est chargé d'enseigner, c'est-à-dire de formuler et de justifier toutes les notions essentielles de la branche du Droit à l'étude de laquelle il appelle et prépare de jeunes intelligences ; il doit refaire pour ses élèves, en quelque sorte avec eux, et suivant le plan le plus méthodique

et le plus logique, une œuvre déjà faite bien des fois ; son principal travail, c'est un travail de simplification et de coordination ; il édifie et, par conséquent, s'attache surtout aux bases, aux principes fondamentaux ; il essaie de mettre en lumière les grandes lignes, les vérités principales dont les autres vérités découlent ; il aborde les controverses de la science, mais ces controverses ne sont pas pour lui un but ; elles ne sont qu'un moyen ; elles lui servent à faire saillir, par l'application, les principes dont il a entrepris la démonstration : les principes, grâce aux questions dont ils fournissent la solution, ne sont pas des idées abstraites et stériles ; ils revêtent leur véritable caractère, remplissent leur rôle d'idées dirigeantes, de règles fécondes. Sans multiplier les difficultés à plaisir, le professeur, parce qu'il les classe et, s'il est permis de le dire, les étage, peut et doit en traiter un grand nombre.

La discussion de problèmes juridiques bien choisis fait l'intérêt et l'attrait d'un enseignement ; elle exerce et fortifie l'esprit de l'élève, alimente et excite son désir d'arriver à des résultats pratiques. Les vives et alertes intelligences auxquelles s'adresse le professeur se lasseraient promptement d'une paraphrase plus ou moins élégante des textes, de généralités plus ou moins brillantées ; dans leur impatience

de savoir et surtout d'utiliser la science, elles appellent un examen approfondi des matières qui leur sont exposées.

Le cours, destiné à celui qui a tout à apprendre ou qui veut tout revoir, diffère du livre qui s'adresse à l'homme qui sait, bien moins par le fond que par la méthode. « Je ne crois pas, a dit, dans la préface de son *Cours de Code civil*, mon savant maître, l'éminent doyen de la Faculté à laquelle j'ai l'honneur d'appartenir, M. Demolombe, je ne crois pas qu'une
« œuvre scientifique puisse être approfondie, si elle
« n'est pas aussi élémentaire, dans le sens élevé
« et philosophique de ce mot, ni qu'elle puisse être
« utilement élémentaire, si elle n'est point à cer-
« tains égards approfondie, c'est-à-dire si elle se
« borne à de vagues propositions, sans preuve, sans
« examen, sans discussion. »

L'auteur, dont l'objet principal est la solution des problèmes connus et, bien souvent, la recherche de nouveaux problèmes ou, au moins, la découverte des nouvelles faces sous lesquelles les difficultés pourront apparaître, ne voit, dans les principes qu'il se borne à énoncer, qu'un point de repère, qu'un *criterium* que, dans certains cas assez rares, il rapproche de son argumentation, pour la contrôler lui-même ou la faire contrôler à son lecteur : les prin-

cipes sont un instrument pour lui, les questions à résoudre, le but. Pour le professeur, ce sont les questions qui sont l'instrument ; voilà ce qui m'a fait penser qu'après les ouvrages si consciencieux de M. Rauter, de MM. Chauveau et Faustin-Hélie, il y avait place pour des leçons de Code pénal ; voilà ce qui m'a déterminé à suivre la forme que j'ai adoptée. Je ne publie pas un livre, je publie mon Cours.

Sans doute, ce que j'ai tenté de faire, Boitard l'a déjà fait et l'a fait avec un très grand talent. Oui, mais dix-huit ans ont passé sur cette œuvre, et, depuis sa publication, combien de lois, de questions, de théories se sont produites, et dont il faut tenir compte ! Est-ce que Boitard, si la science avait eu le bonheur de le conserver, ne ferait pas, aujourd'hui, sur le Code pénal, des leçons autres que celles qu'il a faites en 1835 ? Est-ce qu'il persévererait dans ses préventions contre l'histoire du Droit pénal ? Son esprit si élevé n'aurait-il pas été frappé de l'immense parti qu'un grand jurisconsulte a su tirer de notre vieux Droit pour raviver et développer la science du Droit civil ? Aurait-il dédaigné, pour l'explication du Droit criminel, des ressources qui avaient si puissamment contribué à l'éclat de publications que, plus que tout autre, il était fait pour apprécier ? Boitard,

aujourd'hui, s'inspirerait, bien plus qu'en 1835, des travaux si considérables de nos philosophes, de nos historiens, de nos publicistes ; il n'a pu connaître ces travaux qu'en partie et il n'avait pas eu le temps de se les assimiler, pour faire profiter la science du Droit pénal de tout ce qui peut s'y appliquer ou avoir action sur elle.

L'ouvrage que Boitard ferait aujourd'hui en maître, avec sa vive et incisive parole, avec une grande autorité, je n'ai pas espéré que je réussirais à le faire. Dans le cours oral que je fais à la Faculté de Caen depuis 1846, j'ai au moins réuni, condensé, fondu bien des éléments qui sont épars çà et là, et qui doivent cependant, suivant moi, dominer l'enseignement du Droit pénal. J'ai mis à contribution les publicistes plus encore que les jurisconsultes ; j'ai essayé de vulgariser, en les appliquant, des idées qu'on ne rencontre guère que dans les ouvrages de pure spéculation. Sans aucun lien d'école, sans parti pris, j'ai cherché de bonne foi la vérité ; ce que j'ai dit des droits du pouvoir s'applique, dans ma pensée, non à tel ou tel pouvoir, mais au pouvoir en général ; je me suis préoccupé, non des intérêts variables et contingents, mais des intérêts durables et permanents de la société, et, je le confesse, dût cet aveu me faire tort dans l'esprit de ceux pour

lesquels tout acte d'opposition est un témoignage d'indépendance, je me suis montré plus disposé à défendre qu'à attaquer le législateur ; j'ai plus songé à justifier la loi qu'à la critiquer ; j'ai souvent suivi et développé les solutions de la Cour de Cassation, dont la Jurisprudence est, en général, empreinte d'un si haut caractère de sagesse et de prévoyance.

Les autorités purement doctrinales m'ont quelquefois trouvé plus rebelle : j'ai combattu certaines tendances à traiter le pouvoir plutôt en ennemi qu'en protecteur de la liberté. Au reste, en répudiant des théories controversables, je n'ai cessé de me montrer plein de déférence pour les écrivains qui les ont professées : l'inconvenance ou seulement l'extrême vivacité du langage ne m'ont jamais semblé un moyen efficace de conquérir les convictions.

Dans un cours oral, on peut, on doit souvent s'abstenir de citer les noms des auteurs dont on approuve ou dont on combat les doctrines ; mais le livre a ses exigences : le cours, tout en conservant sa forme, impose, lorsqu'il devient un livre, la nécessité d'indiquer les sources ; en subissant cette nécessité, je crois pouvoir assurer que je ne froisserai aucune susceptibilité.

Si mes leçons, à travers des circonstances diverses, ont toujours été animées du même esprit, de la même pensée religieuse, du même respect du prin-

cipe d'autorité, elles ne se sont pas toujours produites sous la même forme : le fond n'a pas changé, mais l'expression a varié ; entre des expressions diverses, il m'a fallu choisir. J'ai fait appel aux analyses d'élèves d'années différentes ; je les ai comparées à mes notes et je me suis, en général, attaché à l'expression du cours de 1851—1852 : j'ai fait à ce cours les additions qu'imposaient les lois et les documents jurisprudentiels ou doctrinaux d'une date postérieure.

J'ai pensé que mon Cours, qui avait toujours eu pour résultat d'exciter mon jeune auditoire à associer à l'étude du Droit pénal l'étude de la philosophie et de l'histoire, serait utile, au moins momentanément, et tant que l'ouvrage que ferait aujourd'hui BOITARD resterait à faire : voilà pourquoi je l'ai publié.

Une étude sur le Droit de punir, imprimée en 1850, forme l'appendice de mon Cours ; elle explique et développe des idées que je n'ai pu qu'indiquer dans ma VI^e leçon. Je n'y ai rien ajouté, mais j'ai fait quelques suppressions ; j'ai retranché tout ce qui ne m'a pas semblé essentiel pour différencier la théorie que je professe des théories dont j'ai tenté la réfutation.

L'un des plus illustres représentants de la science du Droit, M. Mittermaier, en faisant à cette étude l'honneur d'un compte rendu plein de bienveillance,

a exprimé le regret que je n'eusse pas rapproché des théories accréditées en France, les théories si diverses des jurisconsultes Allemands. Je ne me suis pas cru en mesure de faire ce travail dont je n'ai point à ma disposition tous les éléments ; j'eusse inévitablement été incomplet ; il m'eût fallu, d'ailleurs, élargir singulièrement le cadre de mon étude, dont l'objet principal a été l'appréciation du système de l'école éclectique sur les fondements de la pénalité.



DROIT PÉNAL.



PREMIÈRE LEÇON.

PROLÉGOMÈNES.—Objet du Cours.—Son importance.—Ses rapports.—Ses éléments.—Conditions de l'étude du Droit pénal.—Philosophie.—Histoire.—Utilité de l'histoire du Droit pénal.—Réfutation d'une opinion de Boitard.—Une question philosophique et deux questions historiques.—Ouvrages à consulter.

QUESTION PHILOSOPHIQUE. — Qu'est-ce que le Droit pénal ? — Sa définition peut-elle être séparée de la définition du Droit en général ? — Cinq définitions rejetées.—Définition adoptée.—En quel sens le Droit est-il éternel, immuable, nécessaire ? — Le Droit, n'est-ce pas ce qui est souvent appelé le *Droit naturel* ? — De diverses définitions du *Droit naturel*. — En quoi le *Droit naturel* se différencie-t-il de la loi morale et de la loi religieuse ? — Caractère et Rôle du Droit pénal.

MESSIEURS,

Je suis chargé de vous enseigner cette année le Droit pénal, ou plutôt de vous initier aux moyens de l'étudier.

Le Droit pénal met en jeu les intérêts les plus chers

de l'homme, ses intérêts d'honneur, de liberté, quelquefois même d'existence. Il expose ces intérêts, mais c'est pour les sauvegarder. Il est tout à la fois une menace et une protection.

Le Droit pénal a toujours occupé une grande place dans la vie des sociétés ; il facilite ou entrave leur développement, suivant qu'il est ou n'est pas en rapport avec leurs besoins ; il est la partie du Droit le plus en rapport avec la religion et avec la morale, qui ne l'ont cependant pas pour sanction, mais qui réagissent puissamment sur lui.

Je n'ajoute pas que le Droit pénal a de grandes affinités avec la politique, puisque, s'il se lie à toutes les parties du Droit, il se lie principalement au Droit public.

Toute législation pénale résout explicitement trois questions :

1° Quels sont les faits à imposer ou à interdire à peine d'un châtiment social ?

2° Quels sont les châtiments sociaux applicables ?

3° Quels sont les moyens, les procédés à organiser pour juger les auteurs des faits ou des omissions punissables, et pour leur appliquer les châtiments sociaux ?

Les lois qui résolvent les deux premières questions sont les lois pénales proprement dites, les lois de fond.

Les lois qui résolvent la troisième question sont les lois de forme, les lois de procédure.

Enfin toute législation pénale suppose résolue,

plutôt qu'elle ne résout, une question qui domine tout le système pénal, à savoir *en vertu de quels principes les peines sont infligées*.

Le législateur ne se rend pas toujours un compte exact de ces principes ; cependant il est certain, que ce soit ou non le résultat d'une volonté réfléchie, que les principes qui servent de base, de justification au pouvoir de punir, exercent une influence considérable sur la détermination des faits ou omissions punissables, sur la détermination des pénalités, et sur l'organisation de la procédure établie pour l'application de ces pénalités.

Ainsi, dans le Droit pénal il y a quatre questions : trois questions résolues explicitement, une question résolue implicitement : c'est la question mère, c'est la question fondamentale.

La science de la législation pénale n'est pas seulement la connaissance d'une collection de textes ; c'est aussi, c'est surtout la connaissance de l'esprit qui est sous ces textes, de l'esprit qui les anime et doit diriger leur application.

L'étude de cette législation ne saurait être séparée de l'étude de son fondement philosophique et rationnel et de l'étude de ses précédents historiques.

Isolée de son fondement philosophique, la loi pénale, la loi pénale proprement dite, la loi de fond, ne serait qu'une nomenclature aride de commandements et de prohibitions sans raison et sans cause, qu'une série de menaces sans justice et sans moralité. La loi de forme, la loi de procédure ne se-

rait qu'un réseau de précautions, qu'un ensemble d'embûches combinées pour assurer à la pénalité sa proie.

Isolée de ses précédents historiques, la loi pénale perdrait son meilleur commentaire ; elle serait obscure et incomplète. Une règle n'est bien connue, n'est bien appréciée qu'autant qu'on sait son origine, sa filiation ; qu'on assiste à son développement et qu'on est en mesure de placer chacune de ses modifications en face des circonstances au sein desquelles elle s'est produite.

Je sais bien qu'un professeur, qui a beaucoup fait pour le Droit pénal, et qui eût fait plus encore si la mort ne l'eût trop tôt enlevé à une science sur laquelle il a su jeter tant d'intérêt, Boitard, a écrit dans un livre qui est ou qui sera dans vos mains à tous, que l'étude et la connaissance de l'ancien Droit criminel importaient assez peu à l'intelligence et à l'application pratique de notre Droit actuel. Il a donné de ce jugement deux raisons, qui pourraient laisser dans vos esprits des préventions que je tiens à combattre.

« 1° Les lois pénales, a-t-il dit, doivent être appliquées à la lettre ; elles ne sauraient être élargies, complétées avec des textes anciens ;

« 2° Le droit pénal est subordonné aux temps, aux mœurs, aux révolutions ; il a rarement des racines dans le passé ; il est en général exclusivement l'œuvre du présent. La Révolution de 1789 notamment, en matière criminelle, contrairement au système suivi

pour les matières civiles, a fait table rase et construit un édifice tout nouveau. »

Je reprends et je discute chacune de ces deux raisons :

1° La loi pénale doit être appliquée à la lettre. — Cette première raison, si elle était fondée, dépasserait de beaucoup les conséquences que Boitard en a déduites. Non seulement elle écarterait l'étude des précédents, mais elle exclurait tout commentaire et tout enseignement; Boitard faisait plus qu'ébranler sa chaire, il la sapait par sa base. Si la loi pénale dit tout, et dit tout clairement, si elle est parfaitement comprise sans secours, à quoi bon un professeur qui l'interprète et en expose les principes? Ouvrez et lisez vos codes, voilà toute votre tâche, Messieurs; elle sera, si non amusante, au moins facile. Mais malheureusement pour vous, votre tâche est plus lourde que ne l'a cru Boitard : vous aurez à m'écouter.... Le cours de Droit pénal n'est pas un cours de luxe, et l'excellent livre de Boitard n'est pas une superfluité.

Gardez-vous de croire, en effet, que le Droit pénal exclut toute interprétation. Sans doute il ne comporte pas d'interprétation extensive; mais il admet, mais il appelle l'interprétation explicative, l'interprétation à l'aide de laquelle on découvre le vrai sens, la pensée exacte, la portée de ses dispositions : *Omnis interpretatio vel declarat, vel extendit, vel restringit*. Or, justement parce qu'en cette matière les erreurs d'interprétation sont plus graves qu'en aucune autre, il importe de ne point répudier les ressources dont

usent les jurisconsultes sur les autres parties du Droit.

2° La seconde raison de Boitard, pour dédaigner le secours des précédents, c'est que le Droit pénal n'est pas un Droit traditionnel, c'est que le nôtre surtout est exclusivement le fils de la Révolution de 1789.

Cette seconde raison repose sur une erreur de fait. Sans doute, les lois pénales portent toujours l'empreinte du système politique contemporain de leur rédaction, et nos lois pénales actuelles sont marquées au coin des idées dont l'avènement date de 1789.

Mais s'il y a dans les lois pénales des éléments qui changent, se transforment, en traversant les âges et les révolutions politiques, il en est d'autres qui sont durables, permanents, qui survivent à toutes les vicissitudes des temps, et ces derniers éléments sont le fond de toute législation pénale.

Nous avons vu, en effet, que toute législation pénale résout explicitement trois questions : — la question des faits et omissions punissables, — la question des pénalités, — la question des moyens pour découvrir les faits et omissions et pour en punir les auteurs.

Eh bien ! sur la première question, la conscience humaine, la conscience des gouvernants et des gouvernés ne s'est jamais radicalement trompée, parce qu'il s'agit, au fond, de la distinction impérissable du bien et du mal, et du danger du mal ; sans doute, la conscience humaine a pu subir l'entraînement de préjugés, se laisser aller au courant de certaines opi-

nions fausses et, par suite, déclarer punissables des faits socialement et même moralement innocents ; mais ces erreurs accidentelles, dues à l'état des mœurs et des esprits, n'ont jamais constitué qu'une exception.

Sur la seconde question, les erreurs ont été plus nombreuses et plus graves ; des pénalités excessives ont trop souvent trouvé place dans la législation.

Ce n'est guère que sur la troisième question que les changements politiques ont exercé une action tout à la fois brusque et prépondérante.

La Révolution de 1789, spécialement, n'a pas tout renversé en matière pénale ; on pourrait même dire qu'elle n'a rien construit tout à fait à neuf. Même dans l'institution et l'organisation des juridictions pénales, elle a beaucoup emprunté aux siècles antérieurs, et nos lois actuelles de procédure n'ont été qu'une heureuse et transactionnelle alliance entre le système d'instruction publique qui avait prévalu jusqu'au XVI^e siècle et le système d'instruction inquisitoriale et secrète, qui avait dominé depuis le XVI^e siècle jusqu'à la Révolution.

Quant aux lois de fond, le cercle des prohibitions a été restreint et la sphère de la liberté humaine élargie. Les pénalités ont été adoucies, mais les incriminations qui ne sont pas une affaire de circonstance, celles qui reposent sur les nécessités de toute société, subsistent aujourd'hui comme dans le passé, et par conséquent l'étude de leurs conditions, de leurs éléments a le plus grand caractère d'utilité.

Il y a dans notre procédure pénale actuelle une foule de règles qui ne peuvent être bien saisies qu'en les rapprochant des règles dont elles dérivent, ou qu'elles remplacent, ou qu'elles modifient seulement.

Si l'histoire des pénalités anciennes a moins d'importance juridique, elle a un grand intérêt philosophique, et elle est d'ailleurs un puissant auxiliaire pour distinguer ce qui est variable, accidentel, contingent, de ce qui est essentiel et indépendant des circonstances de fait et d'époque.

Au reste, si Boitard a contesté l'importance des études historiques pour l'intelligence et l'application pratique de nos lois pénales, deux savants criminalistes, dans les ouvrages desquels je puiserai souvent des inspirations, MM. Faustin-Hélie et Ortolan, ont prouvé, par le plus décisif des arguments, par l'application de la méthode qu'ils recommandent, la valeur des secours que peut fournir l'histoire.

M. Faustin-Hélie notamment, dans l'introduction de son *Traité d'instruction criminelle*, a élevé l'un des plus beaux et des plus utiles monuments de la science contemporaine.

C'est donc à la double lumière de la philosophie et de l'histoire que j'essaierai d'éclairer ce cours. Cette méthode ne me permet pas d'aborder directement et immédiatement les textes du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

Ce n'est pas que je veuille entreprendre l'histoire complète et détaillée de toutes les solutions qu'ont

reçues en France les quatre questions que soulève toute législation pénale. Ce travail demanderait trop de temps, et l'étude qui ne doit être pour nous qu'un *moyen* deviendrait le *but*. Je ne veux pas sacrifier le principal à l'accessoire.

Mes prolégomènes se borneront à l'examen des trois questions suivantes :

1° Qu'est-ce que le Droit pénal, et comment se lie-t-il aux autres parties du Droit? N'a-t-il pas le même principe qu'elles ?

2° Quelles ont été les sources successives de la législation pénale en France, c'est-à-dire quels ont été les monuments législatifs ou autres qui l'ont traduite ?

3° Quels ont été les principes, les idées qui ont animé ces diverses sources? Sous ces trois questions j'essaierai de grouper toutes les notions, y compris les indications bibliographiques nécessaires pour suivre fructueusement l'explication des textes de nos Codes.

Ces prolégomènes vous sembleront longs peut-être, mais ils seront pour vous, pour l'avenir de vos études juridiques, d'une grande utilité. Je n'épargnerai ni soins ni fatigues pour les rendre exacts et en corriger l'aridité.

Je vous demande, à titre de collaboration, une attention patiente et je serais presque tenté de dire sympathique; je veux que les liens qui m'unissaient à vos devanciers revivent entre nous.

Sur la philosophie du Droit pénal, je vous invite

à lire un article de M. de Broglie, dans la *Revue Française*, tome 5, n° de septembre 1828 (*du Système pénal et du Système répressif en général*); le *Traité du Droit pénal* de M. Rossi, ouvrage publié en 1829, et l'Introduction philosophique au *Cours de Législation pénale comparée*, de M. Ortolan.

Sur l'histoire du Droit pénal, je vous invite à lire l'Introduction du *Traité d'instruction criminelle*, par M. Faustin-Hélie; le discours de rentrée, prononcé par M. Dupin à la Cour de cassation, le 3 novembre 1847; l'Introduction historique au *Cours de Législation pénale comparée*, de M. Ortolan; deux articles de M. Ortolan sur les sources de notre ancien Droit pénal, que la *Revue de la législation et de jurisprudence* a recueillis (année 1848, tome I^{er}, p. 21 et p. 161).

Voilà pour la spécialité du Droit pénal; mais ce Droit se lie trop étroitement aux autres parties du Droit, particulièrement au développement des institutions, pour ne pas réclamer l'étude de l'*Histoire générale du Droit*, et surtout de l'*Histoire du Droit public*.

C'est assez vous dire que l'*Histoire du Droit français* et l'*Histoire du Droit civil de Rome, et du Droit français*, de M. Laferrière, les travaux de M. Guizot, ses leçons sur l'*Histoire de la civilisation en Europe et en France*, son *Histoire des Origines du Gouvernement représentatif en Europe*, et surtout ses *Essais* si substantiels sur l'*Histoire de France*, m'ont été et vous seront d'un grand secours.

J'examine dès aujourd'hui la première question de mes prolégomènes :

Qu'est-ce que le Droit pénal ?

Cette question est dominée par une question plus générale : qu'est-ce que le Droit ? — En effet, si le Droit n'est pas antérieur et supérieur aux volontés humaines, s'il dérive des volontés, au lieu d'être leur règle, le Droit pénal, qui est la sanction principale des autres parties du Droit, n'est lui-même soumis à aucunes conditions indépendantes des volontés ; il n'est qu'une arme dans la main de la force. — Si, au contraire, le Droit est une règle que l'homme n'a pas faite, mais qu'il subit, le Droit pénal qui sauvegarde cette règle, n'est pas une œuvre arbitraire, il est assujetti à des principes de raison et de justice.

Qu'est-ce donc que le Droit ?

On a donné du Droit six définitions, dont chacune est l'expression d'un système.

• 1° Le Droit, c'est la volonté du pouvoir social, régulièrement promulguée, que le pouvoir soit un ou multiple, qu'il soit concentré dans une main ou réparti entre plusieurs.

2° Le Droit, c'est la volonté contemporaine de la majorité.

3° Le Droit, c'est l'accord de la volonté de tous ;

4° Le Droit, c'est la règle prescrite par l'utilité commune, par l'utilité du plus grand nombre.

5° Le Droit, c'est la tradition, c'est la règle qui a gouverné les ancêtres, qui remonte aux origines d'une société ;

6° Enfin le Droit, c'est la règle des rapports sociaux qu'imposent la raison et la justice.

Je reprends chacune de ces définitions et je la discute :

1° Le Droit est-il la volonté du pouvoir social régulièrement promulguée ?

La volonté du pouvoir social, c'est la loi. — Mais la loi n'est pas le Droit ; la loi, c'est une formule qui a la prétention plus ou moins sincère d'exprimer le Droit ; la preuve que la loi n'est pas le Droit, c'est qu'on la tient pour plus ou moins bonne, suivant qu'elle traduit plus ou moins fidèlement le Droit. — Donc, la loi ne crée pas la règle qui la juge, la règle qui sert de mesure à sa valeur.

Si le pouvoir, par cela seul qu'il est le pouvoir, créait le droit, ce ne pourrait être qu'en vertu de la force, et toutes les consciences s'accordent à reconnaître que la force n'est pas le Droit.

Enfin, si le Droit était pour une société l'œuvre du pouvoir qui la gouverne, il n'y aurait pas de Droit réglant les rapports des sociétés entre elles, puisqu'elles n'ont pas de supérieur commun.

2° Le Droit, est-ce la règle qui résulte de la volonté contemporaine des majorités ?

S'il en était ainsi, le Droit n'aurait aucun élément stable, permanent, universel. Le Droit dirait le pour et le contre suivant les fluctuations capricieuses des minorités devenant des majorités.

A quel titre d'ailleurs la volonté des majorités serait-elle, par elle-même et indépendamment de toute

condition de justice et de raison, la règle ? A titre de force ? Mais est-ce que la force et le Droit sont la même chose ?

3° Le Droit serait-il la règle résultant de l'accord des volontés de tous ?

D'abord il est évident que cet accord n'est pas réalisable, qu'il est d'une impossibilité absolue. En second lieu, pour que cet accord fût un lien, une règle obligatoire, il faudrait admettre qu'il existe, en dehors de cet accord, un principe supérieur, un principe naturel, en vertu duquel il serait interdit de violer ses engagements ; et ce principe où serait-il, si le Droit c'est la convention ? La prétention même de puiser l'idée du Droit dans la volonté de tous, implique que tout changement dans ces volontés, toute dissidence qui survient fait périr le Droit et rend aux dissidents leur indépendance. En effet, cette prétention ne peut reposer que sur ceci, que l'individu n'a d'autre règle que sa volonté et que, par suite, l'association ne peut avoir d'autre règle que la volonté unanime de ses membres ; — mais, de même que l'individu cesse d'être lié par sa volonté de la veille, quand cette volonté s'évanouit, s'il n'est lié que par sa volonté, l'association ne pourrait conserver de règle qu'autant que l'unanimité persisterait ;

4° Le Droit, est-ce la règle que prescrit l'utilité commune, l'utilité du plus grand nombre ?

Mais pourquoi l'utilité du plus grand nombre, à ce seul titre d'utilité, et s'il n'y a aucun principe d'obligation en dehors d'elle, serait-elle fondée à exiger le

sacrifice des intérêts individuels ? Sans doute l'utilité du plus grand nombre devrait rallier la majorité et lui assurer l'espèce de triomphe que donne la force. Mais nous avons déjà vu que la volonté de la majorité et la force qui peut s'y attacher, ne constituent pas le Droit ; la force peut dompter, enchaîner les volontés individuelles ; mais si, par ruse, ces volontés particulières lui échappent, ou si elles parviennent à donner le change et à se faire accepter comme volonté générale, elles sont à l'abri de tout reproche, et elles reprennent leur indépendance et leur souveraineté.

5° Le Droit, est-ce la tradition, la règle qui a gouverné les ancêtres, qui remonte à l'origine d'une société ? Mais, avec cette théorie, le Droit tout entier serait immobile ; il ne répondrait pas aux besoins nouveaux : stationnaire, malgré les développements et les progrès de la civilisation, au lieu de les favoriser et de les accélérer, il les entraverait. Comment d'ailleurs la volonté des premières générations pourrait-elle enchaîner les générations nouvelles ? D'où lui viendrait cette puissance ? De son ancienneté ? Sans doute une volonté qui a traversé les siècles, toujours respectée, qui a pour elle la consécration du temps, a une grande autorité. Mais pourquoi ? Justement parce qu'elle ne s'imposait pas ; parce qu'elle est forte du libre acquiescement des âges successifs ; en tant qu'elle n'est que la volonté des fondateurs primitifs, elle ne saurait être présentée comme un lien. Serait-ce comme expression de la volonté divine que la règle qui a gouverné les ancêtres, qui a présidé à la forma-

tion d'une société, aurait l'autorité du Droit? Où, quand, comment aurait-on constaté, saisi ce prétendu témoignage de la volonté de Dieu?

N'est-il pas d'ailleurs évident que si l'ancienne loi, à raison de changements survenus dans les rapports sociaux, cesse d'être juste, elle cesse par cela même d'être conforme à la volonté de Dieu qui est la justice absolue?

Les quatre théories qui voient le Droit dans la volonté du pouvoir, dans la volonté des majorités, dans le concours de toutes les volontés, dans l'utilité du plus grand nombre, appartiennent à l'école matérialiste qui ne date pas du XVIII^e siècle, mais qui a compté des adeptes à peu près à toutes les époques. Cette école a existé avant et depuis Socrate, et elle s'est perpétuée par des représentants plus ou moins célèbres, parmi lesquels nous ne citerons que Bacon, Hobbes et Locke jusqu'à Bentham qui a été de nos jours son organe le plus accrédité.

Pour quiconque croit que la destinée humaine ne s'accomplit pas tout entière en ce monde, qu'elle a l'immortalité devant elle, ces quatre théories ont un vice commun : elles sont la négation de la loi morale, de la loi morale qui n'est pas la même chose que le Droit, mais qui contient le Droit et le domine ; elles sont la meilleure justification du despotisme, despotisme de la multitude ou despotisme plus concentré. Elles attribuent, en effet, soit à des volontés, soit à une utilité générale, affranchie de toute règle, dont la reconnaissance serait toujours à la merci de

volontés, elles-mêmes sans règle, une indépendance absolue, une souveraineté sans contrôle, une souveraineté que la volonté des individus ne saurait leur donner sur eux-mêmes, et qu'elle ne saurait à plus forte raison leur donner sur leurs semblables, du moment où l'on admet l'existence de Dieu dont la raison éternelle est supérieure à toutes les volontés.

La théorie, qui voit le Droit dans les précédents, mériterait le même reproche, si, pour elle, les lois primitives d'un peuple n'étaient que la seule expression de la volonté des ancêtres ; mais ce n'est pas à titre de volontés humaines qu'elle les tient pour saintes et inviolables ; elle voit dans ces faits comme le témoignage de la volonté de Dieu, un ensemble de conditions providentielles au sein desquelles une société est, à peine de suicide, condamnée à se mouvoir : l'école historique professe donc le spiritualisme, mais un spiritualisme qui fausse la vérité parce qu'il l'exagère.

6° Qu'est-ce donc que le Droit, d'après nous ? C'est la règle des rapports sociaux qu'imposent la raison et la justice.

On ne concevrait pas l'absence de cette règle si l'homme est l'œuvre de Dieu, et si sa destinée est de vivre en société pour déployer, dans ce milieu qu'il n'a pas fait, l'intelligence, la liberté et la moralité dont il a été doué.

La société suppose en effet une règle, et, de plus, une règle juste et raisonnable, puisqu'elle est appelée

à gouverner les rapports d'êtres doués de moralité et de raison.

Cette règle de justice et de raison qui préexiste à tous les Codes humains, qui plane sur eux, il n'est pas, en fait, de société qui, d'une manière plus ou moins imparfaite, ne la connaisse et ne la pratique.

Sans elle, absolument en dehors d'elle, aucune société n'est possible.

Le DROIT, voilà le lien des hommes entre eux ! Le sentiment du droit est de tous les temps et de tous les pays ; seulement il est plus ou moins complet, plus ou moins pur, suivant le degré de civilisation. Chaque homme en porte en soi le germe et en a comme l'instinct ; aucun n'en a la notion entière. Les sociétés elles-mêmes n'en ont jamais eu et n'en auront jamais la possession pleine, absolue, parce que, si elles marchent dans la voie du progrès, elles ne doivent point atteindre la perfection qui n'est pas de ce monde.

La mission du pouvoir social est de reconnaître le Droit, de le réaliser dans ses lois, pour obtenir ainsi, par l'acquiescement des consciences individuelles, une obéissance que la force ne parviendrait pas toujours à acquérir ou au moins à conserver.

Voilà l'idée de *Droit* dégagée de l'idée de *législation*.

Une école dite philosophique a, — de cette idée, que le Droit c'étaient la raison et la justice gouvernant les rapports sociaux, — tiré les conséquences les plus fausses et les plus désastreuses ; elle construit, *à priori*, et

sans aucune préoccupation des faits auxquels elle veut s'imposer pour règle, un droit type à l'image duquel elle veut que le pouvoir façonne, soudainement et de vive force, la société. Elle fait table rase des traditions, de l'état des mœurs et des lumières, de la nature des relations entre les diverses classes de la population, des circonstances au milieu desquelles ces relations se sont formées, maintenues et développées.

Cette école a le tort de vouloir bouleverser les rapports sociaux sous le prétexte de les régler ; il n'est pas plus donné à l'homme de recréer une société que de la créer. Le cadre dans lequel une nationalité s'est produite est l'œuvre du temps, d'une succession d'événements, de causes extérieures extrêmement variées ; et si le libre jeu de l'activité humaine tend incessamment à l'imprégner d'un esprit nouveau, et même à le modifier dans sa forme, il n'essaie de le renverser qu'au prix des plus grands dangers.

La prétention de tout détruire pour tout réédifier, n'a d'autres résultats que des secousses au moins stériles et souvent funestes au progrès qu'elle veut précipiter.

Rechercher le Droit, c'est rechercher la loi qui, en raison et en justice, est appelée par une situation déterminée, par tel ou tel rapport ou par un ensemble de rapports.

Le Droit doit donc varier avec le caractère des rapports qui en provoque l'application.

Mais, dit-on, le spiritualisme doit admettre que le Droit est éternel, immuable, nécessaire.

Oui, le Droit existe avant les circonstances qui le rendent applicable, et il existerait comme règle en disponibilité, comme règle éventuelle, quand même ces circonstances ne naîtraient pas, parce qu'elles ne l'engendrent point, et contribuent seulement à le mettre en lumière.

Le Droit, dit-on, est invariable. Oui, sans doute; mais il renferme des éléments variés qui correspondent à la variété des situations.

Serait-ce donc que tous les faits qui se produisent sont également légitimes, ou au moins susceptibles d'être légitimés par leur régularisation ?

Non; il peut y avoir des faits qui soient une insulte à toute pensée de raison et de justice, des faits que le Droit condamne d'une manière absolue et qu'il doit essayer de briser. Mais ces faits plus ou moins rares ne sont jamais le fonds d'un ordre social, parce qu'une société en contradiction avec le Droit est impossible.

Ce que nous nommons simplement *le Droit*, c'est ce que beaucoup de philosophes, de publicistes, de jurisconsultes appellent le *Droit naturel*, Droit sur lequel de tout temps on a beaucoup disserté, sans être arrivé à le nettement définir.

Bien des causes ont contribué à entretenir la confusion, à perpétuer l'obscurité; mais il en est une dont l'influence est incontestable : les auteurs qui ont discuté sur l'origine et le caractère du Droit naturel, ne se sont point, le plus souvent, entendus sur la chose, ou au moins sur les limites de la chose, dont

la définition était l'objet de leurs débats. Ainsi, un grand nombre de ceux qui ont écrit sur le *Droit naturel*, ont appliqué cette expression non seulement à la loi qui doit gouverner la société, mais à la loi morale tout entière.

Pour distinguer du *Droit positif* le *Droit idéal* que les législateurs et les sociétés doivent avoir toujours en vue, il semble que l'on eût prévenu bien des controverses, bien des erreurs, si on eût remplacé l'appellation de *Droit naturel* par l'appellation beaucoup plus exacte de *Droit social*.

Montesquieu dit que le *Droit naturel* c'est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre (1).— Nous ne croyons pas que ce caractère d'universalité soit une condition sans laquelle on ne puisse considérer une loi comme faisant partie du *Droit naturel*.— Sans doute, la soumission générale à une règle, son acceptation indépendante des circonstances de temps et de lieu, est une puissante garantie que l'observation de cette règle est conforme à la nature de l'homme, à sa destinée et qu'elle est nécessaire au maintien et au perfectionnement des rapports sociaux; mais tous les éléments du *Droit naturel* ou *Droit social*, n'obtiennent pas simultanément dans l'espace et dans le temps, ces témoignages authentiques de respect et d'acquiescement et les éléments qui sont méconnus ici ou là, à telle ou telle époque de la vie des nations, n'en font pas

(1) *Esprit des Lois*, liv. I, chap. III.

moins partie de ce Droit dont la conquête est le but de la civilisation.

Le reproche que nous adressons à la définition de Montesquieu, s'applique également à la définition d'après laquelle le *Droit naturel* est l'ensemble des lois que la raison éternelle a gravées dans tous les cœurs.

Ce caractère d'universalité, de perpétuité, nous savons bien que, dans son éloquente définition, Cicéron l'avait déjà attribué au Droit naturel : *Nec erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia post hac ; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit.*

Il y a sans doute dans le *Droit naturel* ou *social* des dispositions dont l'autorité a été admise partout et toujours ; les principes fondamentaux n'ont guère même rencontré de contradicteurs, et les déviations ou dérogations ne se sont ordinairement produites que dans les applications. Toutefois, il y a dans le *Droit naturel* des dispositions qui se sont dérochées à la raison imparfaite de l'homme ; il y a enfin des dispositions qui ne sont commandées par la raison et par la justice, comme règle des rapports sociaux, que par suite des développements que la civilisation a amenés dans ces rapports.

Cela n'empêche pas que le *Droit naturel* n'ait, comme le dit Fénelon, précédé les temps, qu'il ne soit éternel ; l'existence de la vérité n'est pas subordonnée à l'existence d'un témoin qui la raconte ou la proclame ; la vérité, enfin, préexiste à la nécessité de

temps ou de lieux qui la rend applicable ou la traduit à notre raison bornée.

Nous n'admettons pas davantage, bien entendu, la définition qui déclare *lois naturelles* les lois qui régiraient les hommes alors même qu'ils ne seraient pas en société. La société n'étant pas l'œuvre volontaire de l'homme, mais le résultat d'une loi de la nature, les règles, qui maintiennent les rapports sociaux, en présupposent l'existence et, par conséquent, elles sont de l'essence du *Droit naturel* bien loin d'être en dehors de lui.

Nous avons dit que certaines définitions du *Droit naturel* ont le tort de le confondre avec la loi morale ou avec la religion.

En quoi la loi morale se différencie-t-elle du *Droit naturel* ou *social* ?

La loi morale est la loi qui nous prescrit tous nos devoirs, ceux qui n'ont pas trait directement à la société, comme nos devoirs envers Dieu, nos devoirs envers nous-mêmes, aussi bien que nos devoirs envers nos semblables. Cette loi régit, non-seulement nos actions, mais encore nos pensées, en tant que nous sommes maîtres de ces pensées et que nous nous y arrêtons volontairement.

L'observation de cette triple nature de devoirs importe sans doute à la société ; cependant ces devoirs n'ont pas tous pour elle, le même degré d'importance. Ainsi, d'abord, nos pensées, si mauvaises qu'elles

soient, tant qu'elles ne se traduisent pas au dehors, qu'elles ne revêtent point le caractère d'un acte, ne troublent pas les rapports des hommes entre eux ; elles ne portent pas atteinte au Droit, c'est-à-dire à la légitime liberté d'autrui. La société n'aura donc point à nous demander compte de nos pensées, alors même qu'il serait en son pouvoir de les saisir et de les constater.

Il faut dire la même chose de l'oubli de nos devoirs envers Dieu et envers nous-mêmes ; cet oubli ne saurait être considéré comme la violation d'un droit appartenant à un de nos semblables, c'est-à-dire comme une atteinte à un rapport social.

La société doit donc nous laisser une indépendance absolue pour nos pensées et une indépendance absolue vis-à-vis de nous-mêmes et vis-à-vis de Dieu. La raison et la justice veulent que la société n'exige rien de nous à ce triple point de vue, parce qu'elle n'a pas un intérêt assez impérieux pour avoir le droit de contraindre notre liberté, qui n'a de limites que les nécessités de la conservation et du légitime développement de l'ordre social.

Mais tous les devoirs que la loi morale nous prescrit envers nos semblables ne peuvent pas même nous être imposés au nom de la société ; ils ne sont des devoirs socialement exigibles qu'autant qu'ils ont pour corrélation un Droit que la raison et la justice reconnaissent au profit d'un tiers. Ainsi l'aumône est un devoir dont les pauvres n'ont, ni en raison ni en justice, aucun titre pour réclamer l'exécution. Le Droit

n'est donc qu'une portion de la morale, la portion qui ne peut rester à la discrétion de notre libre arbitre.

Comment la loi *morale* et la loi *religieuse* se différencient-elles ?

La loi morale est attestée par la conscience et la raison ; l'homme reconnaît et ne peut pas ne point reconnaître qu'il existe une règle à laquelle sont soumises non-seulement ses actions, mais encore ses pensées, ses affections ; que cette règle, la raison la découvre, mais ne la crée pas, parce qu'il est impossible que l'homme cumule les deux rôles contradictoires de supérieur faisant la loi, et d'inférieur tenu d'y obéir.

L'homme, à travers la règle, voit, par le seul déploiement de ses facultés, le législateur, c'est-à-dire la raison souveraine, dont sa raison relève et n'est qu'une émanation ; l'homme remonte de l'effet à la cause ; c'est le procédé contraire qui conduit à la religion ; la religion, Dieu la révèle et l'impose comme l'expression de sa volonté.

La religion, d'ailleurs, renferme, indépendamment des vérités qui confirment les vérités de la loi morale, d'autres vérités, des dogmes et des préceptes de Droit positif auxquels la raison humaine livrée à sa seule puissance n'atteindrait pas. Elle fait principalement, sur ces vérités de toute nature, appel à la foi ; ce n'est pas qu'elle dédaigne la raison, puisque la raison seule peut discerner, entre diverses religions, quelle est la véritable.

Mais la religion, une fois admise, commande plutôt qu'elle ne cherche à convaincre. Sans doute, la religion, sans que nous nous en rendions toujours compte, exerce une influence considérable sur l'idée que nous nous formons de la loi morale, parce que la religion a contribué à développer, à fortifier, à mûrir notre raison, la raison de nos maîtres, de nos devanciers, et qu'en un mot, elle est au fond de l'éducation que nous recevons de tout ce qui nous entoure.

Quoi qu'il en soit, l'idée de la religion et l'idée de la loi morale sont, non pas deux idées indépendantes, mais deux idées distinctes (1).

Eh bien ! le Droit pénal est la sanction sociale, non pas de la religion, non pas même de toute la loi morale, mais de la partie de la loi morale socialement exigible, c'est-à-dire du *Droit*.—Comment étudier le moyen sanctionnateur, sans se rendre un compte exact de la règle sanctionnée ? Le Droit criminel, a dit Rousseau, est moins une espèce particulière de Droit qu'une de ses faces (2).

(1) Voir *Somme Théologique* de Saint-Thomas, question 91, art. 1, 2, 4 et 5 (Tome III, p. 386 de la trad. Drioux) sur la distinction entre la loi naturelle et la loi divine.

(2) *Contrat social*, liv. II, chap. XII.

DEUXIÈME LEÇON.

SUITE DES PROLÉGOMÈNES. — QUESTIONS HISTORIQUES. — Division en cinq périodes.

1° *Sources du Droit pénal du V^e au XI^e siècle* : Élément germanique. — Loi salique. — Loi des Ripuaires. — Loi des Burgondes. — *Lex salica emendata*. — Capitulaires.

Élément romain : *Breviarium Aniani*; *Papiani Responsa*; Controverse quant aux compilations de Justinien. — Droit canon : *Codex canonum Ecclesiæ universæ*; *Corpus canonum* ou *Codex vetus Ecclesiæ Romanæ*; Fausses décrétales.

2° *Caractère de la loi pénale* : Était-elle territoriale ou personnelle ? — Était-ce la loi d'origine de l'offensé ou de l'offenseur qui était appliquée ? — Principe de la pénalité. — Des guerres privées. — Des limites successives apportées au droit de vengeance individuelle. — Des *Compositions*. — Du *Wehrgeld* et du *Fred*. — Régularisation, mais non suppression du droit de vengeance. — Preuves.

MESSIEURS,

Quelles ont été les sources de la Législation pénale en France ?

Quels ont été les principes, quelles ont été les idées qui ont animé ces sources ?

Voilà les deux questions historiques de nos prolégomènes.

Ces deux questions embrassent une période de quatorze siècles, c'est-à-dire l'histoire de monuments bien divers, de nombreuses vicissitudes, de grandes transformations.

Ne pas diviser ce long travail de tant de siècles, ce serait se condamner à la confusion.

Je diviserai les quatorze siècles, objet de notre étude, en cinq périodes inégales, et j'examinerai nos deux questions dans chacune de ces périodes.

Première période : du V^e au XI^e siècle.—Je l'appellerai la *période Germanique*.

Deuxième période : du XI^e au XIII^e siècle.—C'est la *période Féodale*.

Troisième période : du XIII^e au XVI^e siècle.—C'est la *période de transition et de rénovation*, je serais presque tenté de l'appeler la *première période Française*.

Quatrième période : du XVI^e siècle jusqu'en 1789.—C'est la *période Royale par excellence*, la *période des Ordonnances*.

Cinquième période : de 1789 jusqu'à nos jours.

Aujourd'hui j'examine :

1^o Quelles ont été les sources de la Législation pénale en France du V^e au XI^e siècle ?

2^o Quels ont été les principes, quelles ont été les idées qui ont animé ces sources ?

I.—Quelles sont les sources de notre Droit pénal du V^e au XI^e siècle, c'est-à-dire pendant les périodes

mérovingienne et carlovingienne dont je ne fais qu'une seule période ?

Pour bien vous faire suivre les détails que j'ai à vous donner sur les monuments législatifs de cette période, je dois vous rappeler brièvement certaines notions historiques.

Vous savez tous qu'au V^e siècle le territoire, qui est devenu depuis, la France, était occupé, non par une population une, homogène, mais par des races très diverses d'origine, dont chacune a apporté son contingent à l'œuvre si lente et si laborieuse de notre nationalité ; aucun de vous n'ignore qu'avant l'ère chrétienne la Gaule qui comprenait déjà trois races distinctes, les Belges au Nord, les Celtes au Centre, les Aquitains au Midi, avait été conquise par les Romains et était restée, malgré de nombreuses tentatives de soulèvement, sous leur domination jusqu'à l'époque des invasions germaniques.

Avant l'établissement territorial des Francs la domination romaine avait été refoulée, moins par la force des armes que par l'effet de négociations ; elle avait fait place, au sud de la Loire, au royaume des Visigoths ; à l'est au royaume des Burgondes, c'est-à-dire à des tribus germaniques, mais converties au christianisme.

Précédée d'incursions rapides qui s'étaient fréquemment renouvelées depuis le III^e siècle, d'incursions sans lien entre elles, qui n'annonçaient qu'une pensée de pillage et non une pensée de conquête, l'invasion des Francs Saliens eut sans doute un caractère

de violence que n'avait pas eu l'occupation des Visigoths et des Burgondes. Toutefois, cette invasion n'eut ni pour résultat ni pour objet de détruire radicalement, brutalement la société gallo-romaine tout entière, et d'implanter une organisation et des institutions absolument nouvelles. La conquête se fit, non d'un seul coup, mais graduellement, et si elle causa beaucoup de ravages et de dévastations, elle ne se proposa pas pour but l'extermination des vaincus. Aussi les conquérants s'exposèrent-ils à se laisser, sinon vaincre, au moins puissamment modifier par les idées, les mœurs, la foi religieuse et la supériorité de civilisation des populations conquises.

Les Francs Ripuaires, c'est-à-dire les Francs des bords de la Meuse, de la Moselle et du Rhin firent-ils au VIII^e siècle comme une seconde invasion, conquièrent-ils les Francs Saliens et formèrent-ils comme une seconde couche germanique, sur la première couche qui s'était laissé trop imprégner de l'élément romain? — M. Guizot dit oui, dans ses *Essais sur l'histoire de France* (1); M. de Chateaubriand dit non, dans sa préface des *Études historiques* (2). Quoi qu'il en soit, que les Francs Ripuaires aient seulement vécu à côté des Francs Saliens, ou qu'ils aient réussi à se superposer à eux, nous constatons la présence d'un élément de plus auquel va correspondre un élément législatif.

(1) *Troisième Essai*, p. 49 et suiv.

(2) *Préface*, p. 67, édit. Pourrat, 1834.

Il est bien évident qu'on chercherait vainement l'unité des sources législatives là où l'unité nationale ne subsistait pas et devait résulter seulement du travail des siècles, opérant sur les éléments les plus variés. Nos Codes ont, comme nous, des aïeux d'origine tout-à-fait diverse. Toutefois, deux éléments principaux semblent résumer les autres éléments : l'élément germanique et l'élément gallo-romain, voilà le fonds de notre Droit public et de notre Droit privé ; voilà le fonds de notre Droit pénal. La lutte de ces deux éléments, ses vicissitudes, la fusion qui en est le dénouement, voilà l'histoire de notre Droit tout entier.

Dans quels monuments l'élément germanique s'est-il spécialement produit ? — Dans la loi salique, dans la loi des Ripuaires, dans la loi Gombette et dans les Capitulaires.

Qu'était, à proprement parler, la LOI SALIQUE ? — Était-ce une série de dispositions impératives, puisant leur force dans la volonté d'un pouvoir public, promulguées officiellement, ou n'était-ce qu'un ensemble de coutumes, de traditions, un recueil de décisions dû à quelque prud'homme ou légiste ? — Avait-elle été rédigée avant l'invasion germanique et en langue teutonique, ou ne le fut-elle qu'après l'invasion et en langue latine ? — De quelle époque date la première rédaction latine ?

Toutes ces questions sont très controversées entre les sayants. En France, MM. Guizot, Pardessus, Laferrière, notamment, les ont discutées après beau-

coup d'auteurs allemands ; nous devons rester étrangers aux débats qu'ont soulevés les deux premières questions.

Quant à la dernière question, l'opinion qui semble la plus plausible est que la loi salique fut publiée dans le V^e siècle, sous le règne de Clovis, dans l'intervalle de l'an 488 à l'an 496.

Loi proprement dite ou coutume, elle dominait dans la France occidentale, c'est-à-dire dans la Neustrie. Mais cette source importante de l'élément germanique ne se présente déjà plus dans sa pureté ; l'élément germanique a déjà subi les effets du voisinage et du contact de l'élément romain.

Cette source est surtout importante pour le Droit pénal qui y tient presque toute la place, puisque sur 408 articles il en a pour sa part 343 (1) ; il est vrai que, d'après l'opinion de M. de Savigny, dans son *Histoire du Droit romain au moyen-âge*, ce qui nous a été transmis sous le nom de *loi salique*, n'est qu'un extrait incomplet qui ne traitait que des matières les moins importantes (2).

Quant à la loi des Ripuaires, elle a une origine moins ancienne ; elle n'a été rédigée selon les uns qu'au VI^e siècle, c'est-à-dire de 511 à 534, et selon

(1) M. Laferrière (*Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, t. III, p. 216) compte dans cette loi, 412 articles, dont 356 relatifs à des matières pénales.

(2) *Histoire du Droit romain au moyen-âge*, traduction Guenoux, t. I^{er}, p. 98.

les autres, dont l'opinion est admise par M. Guizot, qu'au VII^e siècle, de 613 à 628. Elle contient, d'après le système le plus accrédité de distribution, 277 articles sur lesquels on en compte 164 relatifs au Droit pénal et 113 relatifs à d'autres matières. Dans cette loi, l'élément germanique a subi, plus encore que dans la loi salique, l'action de l'élément romain. Quelques dispositions même de la loi des Ripuaires se réfèrent à ce Droit.

Cette observation semble contredire le système de M. Guizot qui voit dans l'élément ripuaire un renouvellement de l'élément germanique que l'élément salien avait cessé d'exprimer. M. Guizot ne se fait pas l'objection, mais il est évident que sa réponse serait dans la date de la rédaction de la loi des Ripuaires qui est postérieure à la rédaction de la loi salique, et qui par suite a subi, plus encore que la loi salique, l'empreinte de la loi romaine.

Un troisième monument, dans lequel l'élément germanique joue encore un grand rôle, c'est la loi des Burgondes, vulgairement appelée *loi Gombette*, qui a été publiée, soit tout entière sous le règne de Gondebaud, soit seulement pour partie sous ce règne, et pour partie postérieurement, mais avant que la Bourgogne ne fût tombée sous la domination des Francs, c'est-à-dire avant l'année 534. Pour cette loi il est certain que ce n'est pas une simple collection de coutumes ; c'est l'œuvre officielle d'un pouvoir régulier qui promulgue ses commandements ; elle témoigne déjà des progrès plus grands dans la civilisation, et

elle porte plus fortement l'empreinte du Droit romain. Elle contient 182 articles de Droit pénal sur 354.

Je ne parle pas de la loi des Visigoths qui paraît avoir été rédigée en l'an 466, parce que les Visigoths furent expulsés en 507 par Clovis et furent rejetés sur l'Espagne, et que leur loi, très supérieure à la législation contemporaine, n'a eu qu'une influence très indirecte sur nos propres lois. Je renvoie, pour tous ces détails, aux neuvième et dixième leçons de M. Guizot sur l'*Histoire de la civilisation en France*. Ceux qui voudraient se reporter aux textes pourraient consulter les *Barbarorum leges antiquæ* de Canciani et les diverses leçons de la loi salique, publiées en 1843 par M. Pardessus avec dissertations (1).

En l'année 768 Charlemagne publia une édition, révisée et augmentée de la loi salique; en 803, il promulgua des additions et modifications aux lois salique et ripuaire.

Louis-le-Débonnaire et Charles-le-Chauve publièrent eux-mêmes des dispositions destinées à être incorporées et ajoutées à ces mêmes lois. Ces dispositions modificatives ou additionnelles sont renfermées dans des ordonnances appelées Capitulaires (2).

(1) On peut consulter encore la *Lex salica* publiée par M. J. Maskel, Berlin, 1850, dont la *Revue de Législation et de Jurisprudence* a rendu compte, 1850, t. III, p. 319.

(2) Il faut lire le chap. IV, liv. IV, de l'*Histoire du Droit civil de Rome, et du Droit français* de M. Laferrière, tome III, p. 72-109 et les Appendices 1, 2, 3, 4, 5 et 6 du même volume, — ainsi que le chap. VI, même livre, p. 234-252.

Le mot *capitulaire*, c'est-à-dire écrit divisé en petits chapitres, a été employé, comme appellation commune, pour désigner des documents très-divers par leur nature et par leur source. Il s'appliquait aussi bien aux documents émanés de l'autorité ecclésiastique qu'aux actes du pouvoir politique ; toutefois ce titre sert plus particulièrement à désigner les ordonnances des rois des deux premières races.

Les Capitulaires, dont Baluze a publié la meilleure édition, ne sont pas tous des monuments législatifs ; des actes d'administration, des instructions adressées à des fonctionnaires, des décisions sur des contestations particulières, des nominations, des grâces figurent au nombre des Capitulaires et sous ce titre.

Quant à ceux des capitulaires qui constituent des dispositions législatives, ils sont rédigés tantôt à la suite des assemblées dites *Champ-de-Mars* ou de *Mai*, à la suite des placités généraux, — tantôt avec le concours des hommes les plus considérables parmi les laïques et parmi les ecclésiastiques, — tantôt avec le concours des hommes les plus considérables d'une de ces classes seulement, — tantôt sans aucun concours.

Les capitulaires qui n'avaient pas été soumis à la délibération des placités différaient-ils des lois ? Oui, dit M. Pardessus ; ils n'avaient qu'une autorité provisoire ; œuvre de la volonté royale, ils étaient révocables par le seul fait de cette volonté. Les lois, au contraire, délibérées dans les placités, ne pouvaient être révoquées qu'avec l'adhésion des placités, *consensu omnium*.

Nous croyons peu pour notre compte, au pouvoir législatif des assemblées, sous les deux premières races. Les rois pouvaient bien demander des conseils, et même de l'autorité morale, à de grandes assemblées plus ou moins régulièrement convoquées, mais ils ne reconnaissaient pas de pouvoir dominant, ou seulement limitant leur propre pouvoir. Nous préférons sur ce point l'opinion de M. Guizot (*Essais sur l'Histoire de France*, 4^e essai, chapitre III), à l'opinion de M. Pardessus. Ce qui distinguait, suivant nous, la *loi* de l'*ordonnance*, ce n'était pas l'autorité dont elle émanait, la plus ou moins grande solennité avec laquelle elle avait été rendue ; ce n'était pas même le titre sous lequel elle était promulguée, c'était l'*objet* qu'elle se proposait.

Devait-elle être appliquée à toutes les populations sans distinction d'origine ? — C'était une *loi*.

Ne contenait-elle que des dispositions spéciales à tel ou tel élément de la population ? — C'était une simple *ordonnance*.

Le seul règne de Charlemagne fournit 65 capitulaires, contenant 461 articles, sur lesquels 130 traitent du Droit pénal.

M. Guizot, dans sa vingt-unième leçon sur *l'Histoire de la civilisation en France*, a présenté le tableau synoptique de ces capitulaires, et a distribué, sous huit chefs de législation, toutes les matières qu'ils règlent.

Quelles ont été les sources de l'élément romain pendant cette période ?

Cet élément doit être subdivisé; il comprend : l'élément de l'ancienne Rome, l'élément purement *civil* et l'élément de la Rome nouvelle, l'élément religieux, l'élément *canonique*.

Les sources de l'élément purement civil sont : 1° le *Breviarium Aniani* ; 2° le *Papiani responsum*, et 3° peut-être les *Compilations de Justinien*.

Le *Breviarium Aniani*, est un recueil de dispositions de la loi romaine, publié dans le royaume des Visigoths, de l'année 466 à l'année 484; il se compose 1° du Code Théodosien ; 2° des Nouvelles des empereurs Théodose, Valentinien, Marcien, Majorien, et Sévère ; 3° des Institutes de Gaius ; 4° des *Receptæ sententiæ* du jurisconsulte Paul ; 5° du Code Grégorien et du Code Hermogénien ; 6° du fragment du *Liber responsorum* de Papinien ; 7° enfin d'une partie qui, sous le titre d'*Interprétation*, est distincte des textes ou de l'extrait des textes, sauf en ce qui concerne les *Institutes* de Gaius. Le *Breviarium* avait été rédigé pour servir de règle entre les Romains.

2° Le *Papiani responsum* ou *Papien* avait été rédigé en 517, sous Sigismond, pour les sujets Romains dans le royaume des Burgondes. Il correspond, pour la distribution des matières, à la loi Gombette. C'est cet ouvrage que, par inadvertance, Cujas a pris pour le *Liber responsorum* de Papinien.

Le Bréviaire et le Papien, après que les Francs eurent soumis les Burgondes et expulsé les Visigoths, restèrent en vigueur et dans les parties de la Gaule en dehors de l'ancien royaume des Burgondes et des

Visigoths. Tout porte à croire que le Bréviaire et le Papien furent la règle entre les sujets Romains.

Je vous renvoie à M. Guizot dans sa onzième leçon de son *Histoire de la civilisation en France*.

3^o Les *Compilations de Justinien* se répandirent-elles dans les Gaules vers la fin du VI^e siècle ou dans le VII^e? C'est un point controversé : les *Novelles de Justinien* contenues dans l'abrégé du patrice Julien, n'étaient-elles pas au moins connues et invoquées?— C'est encore un point controversé.

Nous n'avons pas à examiner ces questions. Caze-neuve, M. de Savigny (1), M. Laferrière (2), M. Troplong (3), entre autres les ont discutées, et nous devons, et par des raisons de méthode et par des raisons d'incompétence, nous abstenir de nous prononcer sur leurs dissentiments.

Quelles étaient les sources de l'élément Canonique? Elles furent au nombre de deux :

(1) II, 108.

(2) *Histoire du Droit français*, édit. de 1838, I, p. 37 et suiv. — Et *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, III, p. 67 et suiv.

(3) Préface du *Contrat de mariage*, p. 82.

Voir aussi le compte rendu d'un travail récent et les conclusions de M. Laferrière dans le Recueil si intéressant de l'Académie de législation de Toulouse, 1851-52, t. I, p. 65-69, où l'on trouve le parallèle des théories de MM. Savigny et Laferrière.

Conf. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, chap. XLII, p. 128 (édit. Lefèvre). Et M. Giraud, *Essai sur l'Histoire du Droit français au moyen-âge*, t. I^{er}, p. 229.

1^o Le *Codex canonum Ecclesiæ universæ*. C'était une traduction latine que fit faire le pape St-Léon dans le V^e siècle, de la collection grecque des conciles de Nicée, Constantinople, Ephèse, Chalcédoine, auxquels on ajouta le recueil du concile de Sardique.

2^o Le *Corpus canonum* ou *vetus Codex Ecclesiæ Romanæ*; c'était une collection entreprise vers la fin du même siècle par le moine Denys le Petit, mais qui ne s'est accréditée en France que dans le VIII^e siècle, à la suite du don qui en fut fait à Charlemagne par le pape Adrien. Elle est devenue le code de l'église gallicane et a reçu plus tard la sanction de saint Louis, dans la pragmatique sanction. — Louis XIV l'a fait réimprimer.

Nous ne parlons pas des *fausses décrétales* répandues et accréditées de 836 à 857 sous le nom d'Isidore de Séville, bien qu'elles aient exercé une assez grande influence; elles paraissent être l'œuvre du diacre Benoit (*Benedictus levita*) de Mayence, l'auteur des faux Capitulaires.

Je vous renvoie pour les détails sur ces sources à l'*Histoire civile de Rome* et du *Droit français de M. Laferrière*, tome III, chap. ix, p. 437-461.

Je vous ai montré plusieurs lois coexistantes; chacune de ces lois avait-elle une part d'autorité en matière pénale?

La loi salique ne régissait-elle que les Francs Saliens? La loi ripuaire, que les Ripuaires? La loi Gombette, que les Bourguignons? La loi romaine, que les Gallo-Romains?

Pour bien comprendre cette question il faut deux notions, une notion du passé et une notion du présent.

En matière civile, vous savez que les lois du V^e au XI^e siècle avaient un caractère tout *personnel* ; que les Francs étaient régis par la loi des Francs ; les Bourguignons par la loi des Bourguignons ; et les Gallo-Romains et les ecclésiastiques, quelle que fût leur origine, par la loi Romaine. Vous savez encore que, lorsque le débat s'élevait entre deux parties d'origine diverse, c'était la loi du défendeur qui faisait la règle.

Le principe de la personnalité avait-il en matière pénale, la même portée qu'en matière civile ? Nos lois pénales actuelles ont, comme caractère prédominant, un caractère territorial ; elles régissent non seulement les nationaux, mais tous ceux qui résident sur le sol français, à quelque nation qu'ils appartiennent. C'est la disposition de l'art. 3 de notre Code civil. Les étrangers sur notre sol sont protégés par nos lois pénales ; ils doivent compte à la loi des actions qu'ils accomplissent sous son empire.

Ce principe de la territorialité pouvait-il être appliqué du V^e au XI^e siècle ? Mais quelle était la loi territoriale ?

Les quatre éléments auxquels correspondaient les quatre lois coexistantes ; l'élément Salien, l'élément Ripuaire, l'élément Bourguignon et l'élément Romain n'étaient pas parqués chacun dans un rayon déterminé ; ils coexistaient un peu pêle-mêle, et l'élément romain surtout était partout en présence de chacun des autres éléments.

Mais si le principe de la *territorialité* était inap-

plicable, le principe de la *personnalité* pouvait-il au moins recevoir son application ? On comprendrait à la rigueur que la loi d'origine eût fait la règle quand la partie lésée et l'auteur de l'acte incriminé auraient eu une origine identique. Mais quand la partie lésée et l'auteur de l'acte incriminé avaient une origine diverse, quelle est la loi à laquelle on aurait pu s'attacher ? La loi d'origine de l'offensé ? Mais c'eût été le contre-pied du principe adopté en matière civile. C'était, en effet, la loi du défendeur qui faisait la règle, et ici on eût adopté la loi du demandeur. Se fût-on attaché à la loi d'origine de l'offenseur ? Mais l'offensé n'aurait pas eu, pour sa garantie, la loi dont il eût subi les effets s'il l'avait lui-même violée. Est-ce que ce résultat eût été juste ?

D'ailleurs, quelle loi eût-on appliquée en matière pénale aux étrangers, à ceux qui n'étaient pas des regnicoles ?

Cette grave question n'a pas été éclaircie et semble même n'avoir pas beaucoup préoccupé les savants. — M. de Savigny (*Histoire du Droit romain au moyen-âge*, chap. III, t. I^{er}, p. 122) l'a soulevée ; il professe, en principe, que la composition due pour un délit se réglait suivant la condition de l'offensé. C'eût été là une bien évidente dérogation à la règle du Droit civil d'après laquelle, jusqu'au X^e siècle au moins, on devait suivre la loi du défendeur.

Toutefois M. de Savigny cite un texte de la loi salique qui prouve qu'en cas de vol par un Romain au préjudice d'un Franc, l'amende était de 62 *solidi*,

et qu'au cas de vol par un Franc au préjudice d'un Romain, l'amende était de 30 *solidi*.

Ainsi la loi salique aurait été dans un cas applicable en raison de la qualité de l'offensé, et, dans l'autre cas, en raison de la qualité de l'offenseur.

Il nous paraît difficile d'admettre que le principe de la personnalité ait régi les matières pénales. Que ce principe ait réglé la forme des actes, la conséquence attachée par voie de présomption aux contrats; qu'il ait réglé l'ordre des successions, gouverné les familles et les propriétés, tout cela est conforme aux conséquences d'une conquête qui ne se proposait pas pour but la destruction des vaincus, mais réclamait seulement le partage du sol en se faisant seulement un peu la part du lion.

Nous croyons avec M. Pardessus, avec M. Aug. Thierry (1) qu'au dessus des lois spéciales de chaque race il y avait une loi commune, générale, qui régissait les habitants de tout le territoire sans aucune distinction d'origine.

Il n'est pas possible que le pouvoir, qui gouvernait les conquérants, s'en soit remis à la loi des vaincus pour déterminer ce qui leur était permis et ce qui leur était défendu.

Aussi, M. de Savigny lui-même (2) reconnaît-il que dans les Capitulaires il y en avait qui avaient un caractère général et s'appliquaient, par exemple sous

(1) Histoire du tiers-état, 2^e édition. I, ch. 1^{er}, p. 6.

(2) *Histoire du Droit romain*, t. I^{er}, p. 122.

Charlemagne, à l'empire tout entier sans distinction entre les peuples d'origine diverse, tandis que d'autres avaient un caractère spécial et n'étaient faits que pour s'ajouter à telle ou telle loi ou pour la modifier (1).

Mais quelle était cette loi supérieure aux autres lois spéciales ? C'était la loi de la conquête primitive ; la loi salique, la LOI proprement dite. C'était, ce semble, la loi Ripuaire sous la seconde race, si l'avènement des Carlovingiens s'explique par une seconde invasion germanique.

Mais pourquoi donc avons-nous parlé des autres lois en matière pénale ? — D'abord, parce qu'il est vraisemblable qu'en thèse générale, au moins, elles étaient suivies comme loi quand l'offensé et l'offenseur avaient la même origine et qu'il ne s'agissait que de faits qui ne s'attaquaient pas à l'existence du pouvoir, ou à la répression desquels le pouvoir croyait ne pas avoir d'intérêt bien direct ; — en second lieu parce que les lois spéciales, comme les éléments auxquels elles correspondaient, ont apporté chacune son contingent à l'œuvre de notre législation.

Ainsi le Droit pénal des Bourguignons dont M. Guizot (2) a constaté avec tant de soin la su-

(1) Nous rejetons l'opinion de du Cange qui ne voit dans les Capitulaires que des suppléments, des appendices des différentes lois spéciales aux populations d'une certaine origine. — L'opinion de du Cange a été brillamment développée dans la *Revue de législation*, tome III de la 1^{re} série. — Article de M. Jamet, p. 241.

(2) Dixième leçon sur l'*Histoire de la civilisation en France*.

priorité (au moins comme loi de fond) sur les anciennes Coutumes germanes, ce Droit, dans lequel on rencontre, à côté de la *composition*, des peines corporelles et même des peines morales, a dû avoir, comme instrument de progrès, une part d'action. C'est ainsi que nous avons parlé du Droit romain et du Droit canon comme Droit pénal, bien qu'ils n'aient guère pu être appliqués à ce titre que dans quelques immunités ecclésiastiques (1).

II.—Quels sont les principes qui ont dominé le Droit pénal du V^e au XI^e siècle ? En d'autres termes, quels sont les principes qui ont présidé à l'exercice du Droit de punir ?

Des principes qui ont présidé à l'exercice du droit de punir, il en est qui ont été contemporains de tous les âges de notre histoire. Il en est d'autres, au contraire, qui n'ont eu qu'un temps, qu'un moment, et qui ont bientôt cédé leur place à des principes supérieurs, témoignage d'une civilisation en progrès.

Les principes contemporains de tous les âges de notre histoire sont ceux qui expliquent pourquoi les violateurs des devoirs parfaits, des devoirs exigibles, des devoirs auxquels correspondent des droits, peuvent être atteints par un châtement. — L'homme est libre, et partant responsable ; voilà le principe qui n'a jamais varié.

(1) M. Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, III, liv. IV, ch. VIII, sect. 4, § 2, p. 428.

Mais à quel titre les hommes, considérés individuellement ou collectivement, sont-ils investis du droit d'infliger à un autre homme le châtiment même mérité ? C'est là le point auquel les siècles ont apporté bien des solutions successives, qui ont été chacune un progrès, mais dont aucune peut-être n'est la vérité.

Le châtiment a été tour-à-tour une vengeance individuelle, puis une vengeance collective ; puis une vengeance tout à la fois sociale et religieuse, et de plus un moyen d'intimidation ; puis enfin un simple moyen de défense ; puis un acte d'utilité publique ; puis un acte de justice morale, et la dernière de ces six solutions n'est pas encore acceptée universellement de nos jours.

Quelle est celle de ces idées qui a dominé le Droit pénal du V^e au XI^e siècle ?

Pour répondre à cette question il faut remonter aux traditions germaniques, dont Tacite s'est fait l'historien. Il n'y avait, chez les Germains que les crimes contre la chose publique qui fussent l'objet de pénalités proprement dites. Les attentats contre la propriété ou la personne des particuliers ne provoquaient pas de répression dans un intérêt d'ordre général ; c'était une affaire purement privée entre, d'une part, l'offensé et sa famille, et d'autre part l'offenseur et sa famille. La répression même des attentats à l'autorité, à la propriété ou à la personne du chef, n'était que l'expression d'un intérêt individuel. L'idée d'un pouvoir personnifiant des inté-

rêts collectifs, les incarnant en quelque sorte, ne précède pas la civilisation et n'apparaît que très faiblement dans l'enfance des sociétés.

Cependant aussitôt que le pouvoir eut acquis quelque fixité et accru son influence avec ses moyens d'action, il ne tarda pas à reconnaître que les guerres privées et ces appels incessants à la force, comme instrument du rétablissement de l'ordre, avaient pour résultat d'entretenir le désordre et entravaient son propre développement à lui-même, en compromettant son avenir.

La loi ne supprima pas d'abord et sans transition, le droit de vengeance individuelle ; elle respecta longtemps le principe ; elle le limita et se contenta de le subordonner à de nombreuses conditions ; elle proclama d'abord l'inviolabilité de la maison de l'offenseur. La vie de l'offenseur lui-même n'était pas inviolable, elle n'était pas abritée contre les représailles des parents de la victime ; mais l'offenseur ne pouvait pas être poursuivi dans son foyer, sous peine d'une amende égale à sa valeur personnelle, si la poursuite avait lieu sans préméditation, — sous peine d'une amende neuf fois égale à sa valeur s'il y avait préméditation.

La loi, après avoir proclamé l'inviolabilité de la maison de l'offenseur, proclama l'inviolabilité de certains lieux publics déterminés : de l'église, d'abord, — du *mallum*, — du marché ; et de là le droit d'asile qui a joué un si grand rôle dans le moyen-âge.

Après avoir interdit ou au moins suspendu la

vengeance en de certains lieux, la loi interdit et suspendit la vengeance en de certains temps : les jours de fête et pendant des périodes entières consacrées par la foi religieuse, comme pendant l'Avent.

Enfin, la loi finit par interdire et suspendre le Droit de vengeance individuelle en présence des représentants de l'Etat ou en présence des représentants de l'Eglise (1).

Ce n'était pas assez : la loi voulut paralyser le Droit de vengeance individuelle même dans les lieux et dans les temps où il pouvait se déployer librement. Pour faire taire ce sentiment de la vengeance elle s'adressa au sentiment de la cupidité.

Dans les délits en général, la loi ne vit que le côté matériel, le préjudice causé, et elle tarifa,—d'après une échelle calculée sous l'empire d'idées très complexes,—les diverses indemnités pécuniaires que l'offensé ou sa famille aurait droit de réclamer en renonçant à la vengeance privée ; mais elle n'osa pas imposer l'acceptation de ces indemnités comme prix de l'offense reçue.

N'intervint-elle que comme médiatrice, offrant une transaction fixée à l'avance, mais laissant à l'offensé et à l'offenseur une égale liberté d'opter pour la guerre privée ? C'est là l'opinion que professe M. Guizot dans sa neuvième leçon sur l'*Histoire de la civilisation en France*.

(1) Lehuërou, *Hist. des Instit. mérovingiennes et carlovingiennes*, t. II, chap. IV, p. 370.

Ne réserva-t-elle pas seulement cette option entre la guerre privée et l'acceptation d'une indemnité pécuniaire à l'offensé et à sa famille, et ne garantit-elle point dès l'origine son intervention efficace pour contraindre l'offenseur au paiement du wehrgeld, si ce mode de réparation était agréé ?

Si nous ne nous abusons, voici comment se réalisa l'intervention du pouvoir social.

Primitivement, les compositions et leur quotité n'avaient été qu'une affaire de convention. Plus tard, le pouvoir fit effort pour régulariser et imposer ce qui était resté dans le domaine des libertés individuelles. Il institua des juridictions pour juger les crimes privés et conséquemment :

1° Pour prononcer la condamnation au paiement des compositions ;

2° Pour assurer, par la force, l'exécution de la condamnation, si elle était possible, et à son défaut, pour faire subir à l'offenseur la mort ou l'esclavage.

Il dépendit d'abord des offensés de ne pas saisir les juridictions, de ne pas se plaindre et de garder pour eux le soin de se faire justice.

Plus tard les offensés ne conservèrent le droit de vengeance personnelle qu'autant qu'ils l'exerçaient incontinent, au moment même de l'offense, c'est-à-dire au moment où le délit était flagrant.

Plus tard enfin, ce droit leur fut complètement enlevé et la composition fut aussi bien une loi pour les offensés que pour les offenseurs.

Indépendamment de la composition qui profitait

aux offensés, il y avait une amende, le *fredum*, qui profitait à la juridiction saisie et qui était en quelque sorte la rémunération de l'intervention du pouvoir. Mais ce *fredum*, et ceci est très remarquable, devait être payé, non pas directement à la juridiction qui en avait prononcé condamnation, mais à la partie lésée, à la partie poursuivante qui en faisait la remise au pouvoir (1) sans doute parce qu'il était censé avoir fait son affaire et avoir agi pour elle en vertu d'une sorte de mandat.

A quelle époque la *composition* fixée par la puissance publique devint-elle obligatoire et pour l'offensé et pour l'offenseur? Ne fut-ce qu'au VIII^e siècle, comme le soutient M. Guizot? Nous serions porté à croire que ce principe s'est introduit plus tôt, sinon dans les faits, dans la pratique, au moins dans le Droit.

Au milieu des désastres de l'anarchie des VI^e et VII^e siècles, le principe a bien pu rester sans puissance, bien qu'il fût écrit dans la loi.

Quoi qu'il en soit, et quelle que puisse être la date de son avènement comme Droit, ce principe est-il exclusif de l'idée de vengeance personnelle? Comme inspiration de la législation pénale, l'idée de vengeance personnelle n'est-elle pas déjà remplacée par l'idée plus haute d'une vengeance publique au nom et au profit de l'ordre général?

La pensée qu'un intérêt plus large que l'intérêt in-

(1) M^{lle} de Lezardièrre, *Théorie des Lois politiques*, part. III, liv. III, ch. v, t. II, p. 90.

dividuel doit présider à la répression des délits commence peut-être à poindre, mais cette pensée n'était certainement pas encore le fond et la vie du Droit pendant cette période.

L'idée de ce que nous appelons aujourd'hui l'Etat, c'est-à-dire de cette unité nationale qui représente à la fois les gouvernants et les gouvernés, ne pouvait exister parce que la chose n'existait pas et que son image ne fit qu'apparaître dans les tentatives de Charlemagne, dans des œuvres qui ne trouvèrent pas de continuateurs.

Le pouvoir n'intervenait dans la répression qu'à titre de force supérieure et pour ne pas être compromis, atteint par la lutte désordonnée des forces individuelles.

Voilà la pensée qui dominait la justice exercée au nom du roi. A cette pensée s'en joignait une autre dans les justices privées, dépendances des grands alleux, des bénéfices et des immunités ecclésiastiques; c'est que les justiciables étaient pour le supérieur justicier, une richesse, un bien, un élément en quelque sorte patrimonial, et qu'il fallait garantir la propriété, hommes et choses, de ces luttes anarchiques au sein desquelles elle pouvait dépérir.

Un fait pour nous est la preuve décisive que l'idée de vengeance privée domine la répression sous les deux premières races, bien qu'il s'y mêle déjà peut-être un autre élément; c'est le genre de preuve qui prévaut dans les jugements.

Sans doute la preuve à l'aide de témoins du fait

reproché à l'offenseur qui le conteste, n'est pas pros-
crite ; elle est admise, elle est même d'abord préférée
aux autres genres de preuves ; mais elle est bientôt
dédaignée et repoussée comme indigne de confiance,
à cause des nombreux exemples de parjure.

La preuve par des cautions, par des *conjuratores*
qui attestent l'innocence de l'accusé ou la véracité de
l'accusateur ; la preuve demandée à Dieu, sous l'in-
fluence ecclésiastique, au moyen des épreuves de la
croix, du fer chaud, de l'eau bouillante, sont négli-
gées ; le duel judiciaire est chargé presque exclusive-
ment de résoudre toutes les questions.

Le pouvoir ne prévient pas les combats individuels,
il les régularise.

En admettant avec Montesquieu (1), avec M. Lafer-
rière (2), que la loi salique ne reconnût pas le duel
judiciaire, il est certain que ce genre d'épreuves ne
tarda pas à prendre de l'extension, qu'il s'incorpora à
la coutume générale des Francs, et qu'au moins sous
la deuxième race, il occupa la principale place, pour
ne pas dire une place presque exclusive, dans la pro-
cédure (3).

On peut faire deux objections pourtant :

(1) *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, chap. xiv.

(2) *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*.
tome III, p. 230.

(3) *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, chap. xviii. — M^{lle} de Le-
zardièrre. *Théorie des lois politiques de la monarchie française*,
partie III, livre III, chap. xvi, tome II, p. 402, et aux *Preuves*
des chap. xv et xvi du même tome, p. 506-513.

1° Le duel judiciaire était le moyen de preuve le plus accrédité, non seulement en matière criminelle, mais en matière civile, et dès lors on ne saurait, de son adoption, légitimement conclure qu'une seule chose, à savoir : que du V^e au XI^e siècle, les intéressés étaient les principaux artisans de la justice qu'ils demandaient, et que la force jouait un grand rôle dans cette justice.

2° A partir du règne de Charlemagne au moins, comme l'établissent et un capitulaire de 789 et un capitulaire de Louis-le-Pieux de 819, la répression, même pour les délits qui, à cette époque, n'étaient considérés que comme privés, pouvait avoir lieu d'office, non pas sans doute à la requête d'un magistrat créé *ad hoc*, mais à la requête du dépositaire du Droit de justice, du chef de la juridiction ; ce qui semble indiquer qu'un intérêt en dehors de l'intérêt de la partie lésée servait de base à l'accusation (1).

— Réponse :

De quoi s'agit-il ? — De déterminer entre ces deux idées à savoir, la vengeance individuelle qui assurait incontestablement la répression avant que le principe des compositions fût admis comme obligatoire, et la vengeance publique qui a dominé plus tard, laquelle a prévalu du V^e au XI^e siècle.

(1) On peut voir en sens contraire une dissertation très curieuse dans le *Droit public de la France, éclaircie par les monuments* de l'antiquité, de Bouquet, avocat au Parlement, t. I^{er}, p. 130—165.

L'idée de vengeance était, avant, pendant et après l'époque que nous étudions, le fondement de la pénalité. Eh bien, établir que du V^e au XI^e siècle, une place large, prépondérante était faite à l'élément personnel et à la force individuelle, n'est-ce pas établir que l'intérêt de l'offensé avait le pas sur tout autre intérêt et que la vengeance individuelle était limitée, régularisée, affranchie de ses excès plutôt que supprimée ?

D'ailleurs, — et Montesquieu en a fait la remarque (1), — le duel judiciaire est une preuve qui appartenait originairement et exclusivement à la procédure pénale. — La procédure civile l'a empruntée et a fini par se la rendre commune.

J'ajoute que lorsque plus tard le duel judiciaire succombera, sous les efforts persévérants de l'Eglise, il se renfermera dans les matières criminelles, ne servira plus que pour l'application de quelques graves pénalités (2).

Or si le duel judiciaire a été avant tout et pardessus tout, un instrument répressif, comment ne fournirait-il pas quelque révélation sur la pensée qui présidait à la répression ?

Quant à la seconde objection, je ne conteste pas que du V^e au XI^e siècle, à l'idée de vengeance individuelle, ne soient venus se joindre des éléments étrangers et notamment le désir de profiter des amendes,

(1) *Esp. des Lois*, liv. XXVIII, ch. XVIII.

(2) Ordonnance de 1306.

des *freda*, et peut-être aussi dans une certaine mesure, le besoin de réprimer le désordre.

Toutefois, la poursuite, quant aux crimes qui n'étaient pas considérés comme des crimes publics, n'était pas une obligation, mais une simple faculté pour le dépositaire du droit de justice, et, chose à noter ! ce n'était guère que dans ces poursuites qui n'étaient pas l'expression d'un intérêt purement privé qu'en l'absence de témoins, la preuve par le serment des conjurateurs était appliquée et que le duel judiciaire n'était pas mis en pratique : tant il est vrai que le jugement demandé au courage et à la force, se liait à l'idée de vengeance individuelle (1) !

Ensuite la poursuite d'office n'était pas la poursuite ordinaire et normale, mais une poursuite exceptionnelle, subsidiaire, pour le cas où l'offensé ou sa famille ne prendraient pas l'initiative.

Je recommande à ceux d'entre vous qui ne dédaignent pas les curiosités scientifiques et les antiquités du Droit, quatre articles de M. Koenigswarter sur la *vengeance*, les *compositions*, le *serment*, les *ordalies* et le *duel judiciaire* (2).

L'exception qui ne permettait pas de s'affranchir, par des compositions, des peines attachées à certains

(1) M^{lle} de Lezardièrre, *Théorie des Lois politiq. de la monarchie française*, partie 3, liv. III, ch. x et xvi, t. II, p. 96 et 103.

(2) *Revue de législ.* — 1849. Tome II, p. 117. 357 ; tome III, p. 344. — 1850, tome I^{er}, p. 5. — On peut consulter aussi les *Origines du Droit français*, de M. Michelet, p. 51—56 et p. 339-353.

crimes, était déjà, je le reconnais, une sorte d'acheminement à l'idée de vengeance sociale.

Ce que je crois, c'est que les éléments étrangers à l'idée de vengeance individuelle, n'étaient pas véritablement l'explication générale et fondamentale de la poursuite, et qu'ils n'avaient qu'une influence secondaire et accidentelle.

Ce que je crois, c'est que les matières pénales étaient dominées par cette pensée, que Cicéron a si énergiquement traduite : « *Natura partes habet duas, tuitionem sui et ulciscendi jus* (1).

(1) Cicéron, Top. CXXIII.

TROISIÈME LEÇON.

SUITE DES PROLÉGOMÈNES. — DEUXIÈME PÉRIODE DU XI^e AU XIII^e SIÈCLE. —

Ce qui la caractérise. — Fractionnement de la souveraineté. — Sa subordination à la propriété. — Cause de l'absence de sources législatives proprement dites. — Où faut-il chercher des témoignages du Droit ? — Pourquoi la loi n'était-elle, à proprement parler, ni *personnelle* dans le sens de la période précédente, ni *terrienne* dans le sens de notre *territorialité* actuelle ? — Pourquoi la loi pénale applicable était-elle la loi du domicile de l'agent ?

Origine de la division de la France en *Pays de Coutumes* et *Pays de Droit écrit*. — Graves altérations que subit le système des compositions.

Principe de la pénalité : Dissidence avec M. Ortolan.

TROISIÈME PÉRIODE DU XIII^e AU XVI^e SIÈCLE. — Mouvement politique de cette période, qui se lie intimement avec le progrès des sources pénales. — Essais d'institutions générales. — Tentative de législation générale correspondante. — Principales ordonnances qui traitent du Droit pénal. — Monuments spéciaux.

Nouveau caractère du principe de la pénalité — L'idée de vengeance remplace l'idée de vengeance individuelle et l'idée accessoire de vengeance seigneuriale. — La preuve par *Gage de bataille* décline. — La poursuite d'*office* devient la règle. — Origine et développement de l'institution du ministère public.

Principe du *Ressort*. — *Cas royaux*.

Principe de la *Prévention*.

Principe de la *Compétence* véritablement *territoriale*.

J'essaierai d'embrasser dans cette leçon deux périodes de l'histoire du Droit pénal : la période des

XI^e et XII^e siècles, c'est-à-dire la *période féodale*, et la période des XIII^e, XIV^e et XV^e siècles, c'est-à-dire la période que j'ai appelée la *période de transition et de rénovation*.

J'aborde la période des XI^e et XII^e siècles, et je m'adresse deux questions :

1^o Quelles sont, pendant les XI^e et XII^e siècles, les sources du Droit pénal ?

2^o Quels principes ont animé ces sources ?

Cette période de deux siècles est très importante pour l'histoire du Droit en général et pour l'histoire du Droit pénal en particulier. Elle se distingue par trois caractères dont le premier semble exclusif de l'importance que je lui attribue :

1^o Dans la période des XI^e et XII^e siècles on ne rencontre pas de sources législatives proprement dites.

2^o La loi pénale revêt un nouveau caractère. Voici ce caractère : Je me suis attaché dans ma dernière leçon à vous démontrer que dans la période précédente l'application de la loi civile et celle de la loi pénale n'étaient pas dominées par le même principe ; que la loi civile variait avec les races, c'est-à-dire était *personnelle* tandis que la loi pénale, sans être une loi *territoriale*, s'appliquait, sans distinction d'origine, à toutes les populations soumises au même pouvoir, aux vaincus comme aux vainqueurs. La loi pénale c'était la loi commune, la loi de la conquête, la loi salique, au moins dans la période mérovingienne.

Dans la période que nous abordons, la loi pénale n'est plus une loi générale planant au-dessus des

lois spéciales ; ce n'est pas non plus une loi *personnelle*, c'est-à-dire subordonnée à l'origine du justiciable, ce n'est pas non plus une loi *territoriale* à proprement parler, c'est-à-dire une loi subordonnée au lieu du délit ; c'est une loi subordonnée au domicile de l'auteur du délit ; c'est là un principe tout nouveau et dont je vais essayer de bien vous faire connaître la cause.

3° C'est aussi pendant cette période que germent et se développent les principes qui ont divisé, sous le rapport du Droit, la France en *Pays de Coutumes* et en *Pays de Droit écrit*.

L'explication de ces changements, de ces principes nouveaux, nous devons la chercher dans l'organisation politique dont le triomphe imprime à cette période un caractère si profondément original ; c'est la période féodale par excellence, la période dans laquelle la féodalité empreint toutes les institutions, toutes les lois, de son cachet.

Vous savez que sous les successeurs de Charlemagne la souveraineté, bien loin de se centraliser et de se fortifier, s'était affaiblie et morcelée en fractions multipliées ; elle tendait à se localiser en autant de petites sociétés qu'il y avait de propriétés territoriales importantes concentrées dans une même main.

Les propriétaires d'alleux, c'est-à-dire de terres originellement affranchies de toute sujétion en dehors de la souveraineté politique, les possesseurs de bénéfices, c'est-à-dire de terres concédées à temps ou à vie, ou même transmissibles à titre héréditaire,

mais concédées à certaines conditions, et à charge de devoirs déterminés envers le concédant; enfin les grands officiers publics qui n'avaient qu'un pouvoir d'administration délégué étendaient ou dénaturaient leur titre et se constituaient chacun centre d'autorité: les propriétaires d'alleux dans leurs propriétés primitivement libres; les possesseurs de bénéfices dans le domaine qu'ils affranchissaient du caractère précaire qu'il avait eu, les officiers publics dans le domaine qu'ils s'appropriaient, usurpaient la souveraineté politique, puis ils hiérarchisaient au-dessous d'eux des propriétaires relevant de leur souveraineté *territoriale, patrimoniale* et liés, non plus par des relations purement *personnelles*, mais par des relations *réelles* dépendant des terres qu'ils possédaient.

La souveraineté, au lieu de dominer principalement les personnes et accessoirement les propriétés, se subordonnait à la propriété et allait en dériver. C'est là la révolution dont le changement de dynastie, en 987, ne fut que l'achèvement, et en quelque sorte la garantie.

Le souverain du duché de France reçut de ses vassaux le titre de roi, et les souverains des six autres duchés, des duchés de Normandie, de Bourgogne, de Bretagne, d'Aquitaine, de Gascogne et de Lorraine; ces souverains qui étaient, sinon des égaux *en puissance* au souverain du duché de France, au moins des égaux *en droit*, ne lui contestèrent pas l'usurpation d'un titre dont le maintien leur semblait utile, bien qu'ils lui eussent fait perdre son ancien caractère.

Pour eux, et dans leurs espérances au moins, ce qui devait dominer, dans le roi parvenu, c'était le suzerain, c'est-à-dire le couronnement de l'édifice qu'ils construisaient sur la propriété et non un pouvoir politique dominateur.

Chacun des sept duchés était divisé en un grand nombre de comtés et de vicomtés, lesquels comportaient, sous des appellations très diverses, beaucoup de subdivisions.

Les domaines ecclésiastiques dépendant des évêchés et des abbayes étaient englobés dans ce système, avaient une place dans cette hiérarchie, et leurs possesseurs reconnaissaient des supérieurs féodaux en même temps qu'ils avaient des vassaux.

Les confédérations de bourgeois, appelées communes, étaient elles-mêmes entrées dans ce cadre, sans distinction entre les communes du midi, les communes du centre et les véritables communes, les *communes jurées* du nord ; sans distinction entre les communes qui devaient leur origine aux anciennes municipalités romaines, dont elles se prétendaient les héritières, les communes qui devaient leur origine au libre octroi du seigneur roi ou des autres seigneurs, et les communes qui s'étaient créées elles-mêmes en demandant à l'insurrection des titres que des transactions sous le nom de *Chartes* avaient couronnés. Ces communes étaient ordinairement vassales d'un seigneur laïque ou ecclésiastique.

Le fractionnement et l'éparpillement de la souveraineté expliquent trois choses :

1° L'absence de sources législatives proprement dites pendant cette période.

2° Le principe que la loi pénale applicable était la loi du domicile de l'auteur du fait incriminé.

3° Le principe en vertu duquel la France a été divisée plus tard en *Pays de Droit écrit* et en *Pays de Coutumes*.

1° Le fractionnement et l'éparpillement de la souveraineté expliquent l'absence de sources législatives proprement dites.

La souveraineté était trop voisine, trop rapprochée de ceux sur lesquels elle s'exerçait pour avoir besoin de ces formules écrites sans lesquelles les juridictions, chargées d'appliquer une loi générale, seraient exposées à y être infidèles par ignorance. Il en fut de la justice comme de la souveraineté : elle fut attachée à la propriété. Le législateur, c'était le propriétaire ; le justicier, ce fut aussi le propriétaire. La justice c'était la dette de la propriété.

Il y eut une justice attachée à chaque degré de cette hiérarchie des propriétés. Eh bien ! là où il y avait une justice correspondante à chaque petite souveraineté, là où la justice et la souveraineté étaient confondues, il n'y avait pas besoin de loi écrite. La loi, c'était l'usage modifié dans une certaine mesure par la volonté du seigneur justicier.

La loi écrite, non-seulement n'était pas un besoin, mais eût été un obstacle au déploiement de la souveraineté. Pourquoi l'indépendance seigneuriale se serait-elle assujétie, enchaînée elle-même en se

traduisant, en s'immobilisant dans des prescriptions législatives? C'était bien assez pour la souveraineté seigneuriale de respecter ce fond commun d'usages et de traditions qui avaient présidé à l'organisation de la féodalité et à son développement.

On ne songe guère d'ailleurs à rédiger des Coutumes quand elles se forment et quand elles acquièrent naturellement, et en dehors de tout effort artificiel, de la consistance. C'est lorsqu'elles ne sont plus en voie de progrès, lorsqu'abandonnées à elles-mêmes elles perdent de leur force et de leur influence, qu'elles sont d'ordinaire recueillies.

Le plus souvent, l'œuvre de leur rédaction a non seulement pour résultat, mais pour but, de les transformer par l'introduction de modifications et d'améliorations qui ne se seraient pas produites spontanément.

Aussi, n'y a-t-il de sources écrites contemporaines de la période que nous étudions, de sources tout-à-fait indigènes que des chartes communales. C'est dans ces chartes où sont déposés beaucoup de principes de Droit pénal que nous trouvons, entre autres principes, ce principe fondamental que la justice compétente et la loi applicable sont, sauf le cas de *délit flagrant*, la justice et la loi, non du lieu du délit, mais du domicile de l'auteur du délit, principe contre lequel combattrent plus tard, du XIII^e au XVI^e siècle, les juriconsultes de la royauté.

Mais l'expression la plus complète et la plus fidèle du Droit féodal pour les matières pénales comme pour

les autres matières, se trouve, non dans des monuments indigènes, mais dans des monuments étrangers, dans des monuments rédigés à la suite de la conquête de l'Angleterre par les Normands, et de la conquête de Jérusalem par Godefroy de Bouillon.

Il semble que, pour suppléer aux racines qui lui manquaient dans les pays où il voulait s'acclimater, le droit féodal, ainsi transporté en Angleterre et en Orient, avait senti le besoin de s'écrire et de se formuler.

Quoi qu'il en soit, les lois de Guillaume-le-Conquérant ont été rédigées, de 1066 à 1087, en français normand, avec une traduction latine, sous le titre de *Leis et Custumes*.

Les assises de Jérusalem avaient été rédigées de 1099 à 1187. Le *Recueil* authentique fut perdu lors de la prise de Jérusalem par Saladin. La rédaction de St-Jean-d'Acre, due principalement à Philippe de Navarre et à Jean d'Ibelin, est de 1250 à 1266 ; mais elle est l'expression de traditions et de pratiques des XI^e et XII^e siècles.

Il faut ajouter à ces monuments un monument tout-à-fait étranger : l'ouvrage connu sous le titre de *Consuetudines feudorum*, ouvrage imprimé à la suite du *Corpus juris* dans lequel on a recueilli la jurisprudence féodale en Lombardie, de 1158 à 1168.

Il y a cependant des monuments indigènes qui donnent des indications précieuses sur les XI^e et XII^e siècles. Ce sont des collections faites et des travaux exécutés pendant le XIII^e siècle. Ces travaux sont trop

voisins de la période précédente pour ne pas être des témoins importants. Ce sont : 1° *les établissements et coutumes, assises et arrêts de l'échiquier de Normandie*. On discute sur la date à laquelle remontent ces établissements.

Quant aux assises, elles ont été tenues de 1234 à 1236 à Caen, à Falaise et à Bayeux.

Les arrêts de l'échiquier de Normandie ont été rendus à Rouen, à Caen et à Falaise, de 1207 à 1245. Toutes ces pièces sont rédigées en vieux français : M. Marmier les a publiées en 1839.

2° *Le Conseil de Pierre de Fontaines à son ami et à tous les autres* : cet ouvrage date de 1254 à 1270. Pierre de Fontaines fut bailli de Clermont et maître des requêtes sous saint Louis.

3° *Les Etablissements de saint Louis* : cet ouvrage est plutôt une compilation sur ces établissements que la reproduction de ces établissements eux-mêmes ; il date de 1270.

4° *Les Coutumes de Beauvoisis*, par Philippe de Baumanoir : cet ouvrage date de 1283. M. le comte Beugnot en a donné une nouvelle et excellente édition en 1842.

Ces trois derniers monuments scientifiques n'ont pas pour objet de reproduire, et ne reproduisent pas, en effet, le Droit féodal dans toute sa pureté. Leurs auteurs, sous les inspirations du Droit romain, modifient et amendent le Droit objet de leur étude.

Pendant cette période au moins, il est certain que les Compilations de Justinien s'étaient répandues en

France, comme le prouvent et le *decretum* d'Yves de Chartres, l'élève de ce Lanfranc qui dirigea avec tant d'éclat l'enseignement en Normandie, dans l'abbaye du Bec et dans le monastère de St-Etienne de Caen, et le recueil de *Pétrus*, intitulé *Petri exceptiones legum romanorum*, ouvrages qui tous deux ont préparé en France l'action, ou plutôt, comme l'a si bien dit M. Laferrière : *l'apostolat juridique* de l'école de Bologne (1).

Le Droit canonique eut un monument pendant cette période : la collection des *Décrétales* faite par Gratien en 1151 ; elle est appelée *Décret*.

2° J'ai dit que le fractionnement et l'éparpillement de la souveraineté expliquent comment prévalut en matière pénale un principe de nivellement et de fusion, le principe que la justice compétente et la loi applicable, sauf le cas de *délit flagrant*, étaient la justice et la loi, non du lieu du délit, mais du domicile de l'auteur du délit.

J'ai dit que la souveraineté était subordonnée à la propriété et en dérivait ; la loi et la justice étaient donc l'expression de la propriété. Chaque souveraineté locale avait par suite le droit de revendiquer les hommes qui lui étaient soumis pour les juger, c'est-à-dire pour les proclamer coupables ou innocents.

(1) Voir M. de Savigny, *histoire du Droit romain au moyen-âge*, traduction de Guenou, t. II, p. 82, édit. de 1839 ; et *l'Histoire du Droit français*, de M. Laferrière, t. IV, p. 277.

Les serfs étaient jugés par le propriétaire auquel ils appartenaient ; les colons par le maître, le seigneur de la propriété qu'ils cultivaient ; « entre eux et leur seigneur il n'y a pas de juge fors Dieu, » dit Pierre de Fontaines (1).

Les hommes libres étaient jugés savoir :—les bourgeois, par la justice de la commune dont ils faisaient partie ;—les nobles, par le seigneur dont ils relevaient, mais par le seigneur présidant un certain nombre de leurs pairs, leurs égaux dans l'échelle féodale. L'origine individuelle s'effaçait devant la loi personnelle au souverain.

3° J'ai dit que le fractionnement et l'éparpillement expliquent le principe en vertu duquel s'est faite plus tard la division de la France en *Pays de Coutumes* et en *Pays de Droit écrit*.

On comprend que les usages qui prévalaient dans chaque agrégation féodale s'imprégnaient plus ou moins de l'élément germanique ou de l'élément romain, suivant l'importance comparative de nombre et d'influence des races. Au nord l'élément germanique était prédominant ; au midi l'élément gallo-romain était prédominant ; de là, plus tard, au nord les *pays de Coutumes*, et au midi les *pays de Droit écrit*.

Quel est le principe qui domine le Droit pénal pendant cette période ? Le système des compositions, ce

(1) Voir M. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 8^e leç. ; M. Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. IV, p. 476—495.

système, si profondément empreint de l'idée de vengeance individuelle à laquelle il porte cependant une première atteinte, est grandement entamé et tend à disparaître.

Les crimes désignés sous la dénomination de *trahison* et de *foi mentie*, les attentats aux liens hiérarchiques de la féodalité sont punis de mort et de la privation, sous le titre de *commise*, du fief ou de la subdivision du fief, source du droit violé. Cette peine, spéciale aux rapports féodaux, n'est pas seulement un accessoire de la peine de mort, elle est aussi édictée comme peine principale. Les atteintes moins graves aux devoirs de la féodalité sont punis d'amendes.

Les crimes d'assassinat, de viol, de rapt, d'incendie, de vol, de recel sont, en général, punis de mort ; toutefois, le consentement de la partie lésée, avec l'adhésion du seigneur direct et de son suzerain, pouvait convertir la peine capitale en peine pécuniaire.

Les délits moins graves n'entraînaient que des réparations en argent au profit des parties lésées, et des amendes au profit du seigneur justicier (1).

M. Ortolan considère qu'à cette époque le principe de la *vengeance seigneuriale* a remplacé le principe de la *vengeance individuelle*. Deux motifs nous portent à penser que le principe de la vengeance seigneuriale était bien loin de constituer un principe exclusif et même un principe prédominant.

(1) *Théorie des lois politiques*, deuxième partie, liv. I^{er}, chap. I, II, III et IV, p. 47 et suiv.

1° C'est d'abord la persistance du combat judiciaire, des gages de bataille ;

2° C'est le fait que la partie lésée conserve le droit de réclamer l'application de la pénalité, qu'elle dispose de l'action répressive et que la poursuite d'office à la requête du juge n'est qu'une exception, que cette poursuite n'a lieu qu'à défaut de poursuite individuelle.

J'arrive à la période du XIII^e au XVI^e siècle, et je m'adresse encore ces deux questions :

1° Quelles sont les sources du Droit pénal du XIII^e au XVI^e siècle ?

2° Quels principes ont animé ces sources ?

I.—Je veux d'abord jeter avec vous un regard sur le mouvement politique qui caractérise cette période.

Nous avons vu, dans la période précédente, la féodalité partout victorieuse et partout morcelant avec la souveraineté, la loi et la justice.

C'est à une réaction que nous allons assister ; c'est un effort vers l'unité, c'est une œuvre de centralisation qui vont se développer devant nous.

La féodalité avait construit la royauté capétienne à son image et avait cru la condamner à n'être qu'une haute et suprême seigneurie.

A partir du XIII^e siècle, la royauté ose être infidèle aux traditions de son origine ; aidée des souvenirs et des notions du Droit romain, qu'elle veut faire revivre et propager, elle revendique un rôle plus

actif, des attributions plus larges ; elle veut se mouvoir, non-seulement en dehors des règles, mais même contrairement aux règles de l'organisation féodale qu'elle avait mission de maintenir et dont elle semblait n'être que le couronnement. Elle convertit son Droit un peu trop désarmé de suzeraineté, en un véritable pouvoir central, attirant à lui, pour les gouverner, toutes les forces de la société ; elle se présente comme l'instrument qui doit donner satisfaction aux besoins généraux, comme le symbole de l'ordre public, la personnification de l'unité nationale.

Trois essais d'institution générale correspondent à cette tentative que fait la royauté pour ressaisir et concentrer les véritables droits de la souveraineté politique, à savoir : le Parlement, — les Etats-Généraux, — et les Assemblées des notables.

Avant le XIII^e siècle, le roi de France avait eu, à un double titre, une grande cour féodale, d'abord parce qu'il était le suzerain de ses vassaux directs, des vassaux du duché de France, — et en second lieu parce qu'il était le suzerain des grands vassaux, c'est-à-dire des possesseurs des grands fiefs, dont se composaient les autres duchés.

Eh bien ! l'ancienne cour féodale, la royauté la convertit, sous le nom de *Parlement*, en une institution complexe, tout à la fois politique, administrative et judiciaire.

Institution judiciaire, le Parlement était juge, non plus seulement de tous les rapports *féodaux*, mais de tous les intérêts qui, par leur importance, pouvaient,

de plano ou sous forme d'*appel*, s'élever jusqu'à lui.

Institution politique et administrative, le Parlement était en quelque sorte un conseil toujours en disponibilité pour la royauté.

Le Parlement ne devait pas conserver longtemps cette double nature ; il devait bientôt se séparer en deux juridictions distinctes : la juridiction administrative, sous le nom de *Conseil du roi*, et la juridiction judiciaire proprement dite, qui conserva le nom de *Parlement*.

Les grands vassaux et même les vassaux directs du roi, qui ne voulaient pas, suivant le mot de Pasquier, « *troquer leur épée contre une écritoire*, » se tinrent à l'écart de l'institution judiciaire proprement dite et firent place à une classe d'hommes d'étude et de science, qui servirent sans doute activement la royauté, mais furent en revanche puissamment secondés par elle dans leurs efforts pour conquérir au sein du pays le rôle prépondérant.

Au commencement du XIV^e siècle, les Etats-Généraux apparaissent et les trois ordres : clergé, noblesse, bourgeoisie ou tiers-état, sont constitués, puisqu'ils ont une représentation. La première convocation est de 1302.

Cette ébauche du gouvernement représentatif dont la constitution n'eut rien de régulier et de définitif, dut sa naissance à un intérêt *fiscal et politique*. — La royauté associait la bourgeoisie aux délibérations de la noblesse, d'abord dans un intérêt *fiscal* : il

s'agissait d'introduire l'innovation de l'impôt public et il était prudent d'obtenir l'assentiment de ceux sur lesquels il devait surtout peser. — Enfin, la royauté avait un intérêt *politique* à constater l'avènement, comme force sociale, d'une classe dont elle se réservait de se faire un appui, dans ses luttes contre la papauté et contre la noblesse.

De grandes assemblées, dites *Assemblées de notables*, où figurent de droit les grands vassaux de la couronne et les vassaux directs du roi, auxquels se joignent les grands personnages que la royauté appelle près d'eux, forment, à côté des Etats-Généraux, une autre institution mal définie, irrégulière aussi, mais ayant, comme celle des Etats-Généraux, un caractère tout nouveau de généralité.

Des tentatives de législation générale doivent correspondre à ces essais d'institutions générales. C'est pendant cette période que la royauté ne concentre plus son autorité législative dans les pays dits de *l'obéissance le roy*,—qu'elle la transporte et l'établit graduellement, sous prétexte d'ordre public, dans les domaines des grands vassaux, ses égaux du XI^e siècle, qui apprennent, par expérience, que la suprématie du titre peut contribuer à former la suprématie de puissance.

Quatre ordonnances surtout doivent figurer, comme monuments ayant un caractère de généralité, au nombre des sources du Droit pénal pendant cette période :

1^o Une ordonnance de Philippe VI, de décembre 1344, traitant de la procédure pénale.

2° Une ordonnance du 3 mars 1356, rendue sur les doléances et les réclamations des Etats-Généraux pendant la captivité du roi Jean par le lieutenant-général du royaume, devenu plus tard Charles V.

3° Une ordonnance de 1453 de Montil-les-Tours sous Charles VII.

4° Une ordonnance de mars 1498, sous Louis XII, sur la réformation de la justice en général, et spécialement sur la réforme de la procédure pénale. Dans cette ordonnance, la procédure secrète, inquisitoriale se substitue, sous le nom de *Procédure à l'extraordinaire*, à la procédure accusatoire qu'elle n'exclut cependant point encore (1).

Ces monuments généraux dominaient, mais n'excluaient pas les monuments spéciaux. Il faut donc, même pendant cette période, ne pas négliger l'étude des chartes des communes.

Il ne faut pas non plus négliger les Coutumes pour lesquelles commencent l'ère des rédactions écrites.

L'ordonnance de Charles VII, d'avril 1453, prescrivait dans son art. 125, la rédaction de celles qui n'étaient pas encore rédigées.

Il faut aussi consulter, pour cette période, la compilation des arrêts du Parlement de Paris, commencée par Jean de Montluc, et qui comprend la période écoulée depuis 1254 jusqu'en 1318. C'est cette compilation qui est si connue sous le titre d'*Olim*.

(1) Voir, sur les progrès de la procédure inquisitoriale, M. Ortolan, *Revue de Législation* 1848, t. I^{er}, p. 480.

Les autres principaux monuments de doctrine, indépendamment du *Conseil* de Pierre de Fontaines que j'ai déjà cité, des *Etablissements* de saint Louis et de Beaumanoir sur les Coutumes de Beauvoisis, sont au nombre de sept :

1° *Le livre de justice et de Plet*, ancien Droit de France comparé avec le Droit romain, de la fin du XIII^e siècle.

2° *Stylus Parlamenti in suprema parisiensi curia*, de Guillaume Dubreuil, publié en 1330.

3° *Les Décisions de messire Jean des Mares*, dont la date de publication est inconnue, mais qui remontent au-delà de 1382.

4° *Les anciennes Constitutions du Châtelet de Paris*, que de Laurière a fait plus tard imprimer.

5° *Les Coutumes toutes notoires et jugées au Châtelet de Paris*, qui embrassent la période depuis 1300 jusqu'à 1387.

6° *Le grand Coutumier de Charles VI*, ouvrage d'un auteur anonyme, dont Charondas le Caron, a donné une édition en 1598. Il traite notamment dans son second livre des délits, et dans son quatrième, des peines. Il est du commencement du XV^e siècle.

7° *La Somme rurale de Jean Bouteiller*, qui a eu un grand nombre d'éditions dans les XV^e et XVI^e siècles. La *Somme rurale* est postérieure au *Grand Coutumier de Charles VI*. Elle est beaucoup plus large, comme corps doctrinal, que ne semblerait l'indiquer son titre, et elle traite notamment, dans de nombreux chapitres, des matières pénales.

Le Droit canonique compte quatre monuments :

1° *Un recueil supplémentaire des décrétales*. Il était divisé en cinq livres et s'appelait l'*Extra*. Grégoire IX l'avait fait rédiger ; il date de 1234.

2° Boniface VIII fit ajouter aux cinq livres de la collection grégorienne un sixième livre ; on l'appela *Sexte*. Il fut publié en 1298.

3° Clément V fit recueillir et Jean XXII publia, en 1317, *des Décrétales*. On les appela *Clémentines*.

4° *Les Extravagantes* : cette collection comprend vingt *décrétales* de Jean XXII et d'autres *décrétales*, notamment de Sixte IV.

II.—Quels principes animent les sources du Droit pénal pendant cette période ?

A partir du XIII^e siècle, un nouvel esprit s'empreint dans le Droit pénal ; il n'exclut pas sans doute d'une manière absolue les idées de vengeance individuelle et de vengeance seigneuriale, mais il les restreint en se faisant une place qu'il agrandit et fortifie sans relâche.

Les crimes, dans l'enclave de quelque seigneurie qu'ils fussent commis, dans l'enclave de la seigneurie royale ou dans l'enclave de la seigneurie des grands vassaux, étaient un trouble, une atteinte à la sécurité générale dont la royauté se constituait gardienne. Ils devaient donc être réprimés au nom de l'intérêt général qu'ils attaquaient ; et, puisque les mœurs, les traditions du temps attachaient et ne pouvaient pas ne point attacher l'idée de vengeance à la répression, l'idée de vengeance publique devait bientôt prévaloir.

L'idée de vengeance individuelle s'efface surtout pendant cette période.

Deux faits en sont, pour nous, l'irrécusable témoignage :

Premier fait : La preuve par gage de bataille, de règle générale qu'elle était, devient une exception. Même en matière criminelle, elle cesse d'être admise :

1° dans le cas où le crime est flagrant et notoire.

2° Dans les cas où la preuve de la culpabilité ou de l'innocence peut être facilement obtenue par témoins.

3° Quand il s'agit de ces crimes trop infamants pour laisser à leurs auteurs l'espérance de s'en laver par les armes : pour le crime de vol, par exemple (1).

Second fait : Le Droit d'accusation, conféré à la partie lésée, et qui était la principale et ordinaire garantie de la répression avant le XIII^e siècle, est subordonné à des conditions pleines de périls pour l'accusateur.

L'accusateur subira, en cas de non condamnation, la peine qu'eût subie l'accusé s'il eût été convaincu (2). C'était tuer le Droit que de le placer sous de pareilles menaces ! La poursuite d'office, qui était l'exception, devient le Droit commun : l'intérêt général conquiert tout le terrain que perd l'intérêt individuel.

(1) Ordonnance de Philippe-le-Bel de 1306.

(2) « Si tu veux appeler celui-ci de meurtre, tu seras ouï ;
« mais il convient que tu te lies à souffrir telle peine que ton
« adversaire souffrirait, s'il en était atteint. » (Ordonnance de saint Louis).

C'est cette révolution dans le Droit de poursuite qui fit grandir pendant cette période l'institution du ministère public, cette institution qui s'est conservée jusqu'à nos jours.

Quelle fut l'origine précise de cette institution ? Dut-elle sa naissance aux intérêts purement privés des seigneurs justiciers qui devaient se faire représenter par des procureurs pour leurs causes privées ? Dut-elle sa naissance à un intérêt fiscal que le seigneur justicier, ne voulant ou ne pouvant représenter lui-même, fit représenter par un officier public, son mandataire ? Dut-elle sa naissance à un intérêt public, à l'intérêt de la sécurité générale ? C'est une question très débattue entre les historiens du Droit. Ce qui est certain, c'est que le mandataire d'intérêt privé ou d'intérêt public fut bientôt constitué le représentant de l'ordre général près de la juridiction à laquelle il était attaché ; qu'il fut le dépositaire de l'action publique ; qu'il eut le droit et le devoir de mettre en mouvement cette action, indépendamment de toute initiative des intérêts privés.

Il y eut des *procureurs du roi* dans toutes les juridictions royales, dans les Parlements, dans les bailliages et les sénéchaussées (1). Il y eut des *procureurs-*

(1) Ordonnance du 25 mars 1302, art. 15. — Ordonnance de juillet 1319, art. 7. — Ordon. des 28 décembre 1355, mars 1360, 20 juillet 1367, 22 novembre 1371. — Ortolan et Ledau, *le ministère public*, INTRODUCTION, p. 21 et suiv. Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. I^{er}, p. 459. — Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, chap. xxxv.

seigneuriaux dans les justices seigneuriales et des *promoteurs* dans les cours d'église.

Mais, de ce que l'intérêt individuel n'a plus le premier rôle dans la répression, est-il permis de conclure que c'est l'intérêt général qui prédomine? peut-être la prédominance appartient-elle à l'intérêt seigneurial.

Quatre faits nous semblent témoigner de la prédominance d'un intérêt supérieur à l'intérêt seigneurial :

1° La royauté transforme la cour féodale, qu'elle avait comme suzeraine, en tribunal suprême et régulateur, planant au-dessus de toutes les juridictions des seigneurs et même au-dessus des cours d'église. Elle attribue à ses juridictions un droit souverain de réformation sur toutes les décisions rendues en matière criminelle, de quelque source qu'elles émanent. C'est le principe actif et énergique appelé le principe du *ressort*. La royauté se constitue ainsi juge d'appel d'une manière générale et absolue de toutes les questions pénales. Elle reprend ainsi possession d'un élément de souveraineté dont la procédure par gage de bataille avait singulièrement favorisé l'usurpation de la part des *justices terriennes*, puisque le *jugement de Dieu* excluait tout recours.

2° La royauté, par ses légistes, invente les *cas royaux*, dont elle réserve la connaissance à ses officiers, à ses baillis, à ses sénéchaux, ou même directement à son Parlement.

Tous les *cas royaux*, dans l'enclave de quelque seigneurie qu'ils se commettent, sont de la compétence exclusive des juges royaux.

Qu'étaient les *cas royaux* ?

Les jurisconsultes de la royauté se gardèrent bien d'en donner une définition limitative.

Les *cas royaux*, c'étaient les crimes qui pouvaient être considérés comme une atteinte aux droits du roi, ou une offense contre son autorité. Voilà une définition élastique et partant commode.

La liste de ces crimes fut d'abord peu nombreuse, puis elle alla s'élargissant ; elle subit toutes les vicissitudes de la lutte de la royauté contre la féodalité. Quand la royauté était forte et victorieuse, il n'y avait guère de crime qu'on ne pût faire rentrer dans les *cas royaux*. C'était, a-t-on dit, faire acte d'usurpation sur les justices seigneuriales ; non, c'était ressaisir un des éléments les plus importants de la souveraineté qui s'était fractionnée dans les périodes précédentes.

3° Les jurisconsultes et les officiers judiciaires de la royauté inventèrent et accréditèrent un autre principe également très fécond : le principe de la *prévention*.

Qu'est-ce que le principe de la *prévention* ?

C'était un principe en vertu duquel les juridictions royales pouvaient, sous prétexte de retard dans la poursuite par les justices seigneuriales, se saisir, par l'effet de la priorité de leurs diligences, de la répression de crimes dont elles n'étaient pas naturellement juges, et dont la connaissance ne leur était réservée à aucun titre.

La royauté était censée rendre une justice refusée

par mauvaise intention, ou au moins par négligence. La justice c'était une dette royale que les rois s'empressaient d'acquitter. C'était l'ancienne *défaute de Droit*, l'évocation, pour déni ou impossibilité de justice, agrandie et métamorphosée ; le Droit d'évocation n'était plus subordonné qu'à l'initiative des juridictions royales (1).

4° Les jurisconsultes de la royauté invoquèrent souvent et finirent par faire triompher le principe de la *compétence territoriale*. Ce principe fut une grande conquête, mais cette conquête coûta bien des efforts.

Ce principe était trop hostile à l'organisation féodale pour parvenir à s'imposer sans de rudes combats. Il fut conquis par la royauté, puis perdu par elle, puis reconquis.

Considérez, en effet, l'importance, de ce principe : si la répression du crime appartenait à la juridiction des lieux où il avait été commis, et non à la juridiction du domicile de l'agent, c'est que le lien qui attachait le justiciable au seigneur était rompu, au moins sous le rapport de la répression.

C'est que le seigneur ne pouvait plus revendiquer la justice sur ses hommes comme conséquence de son droit de propriété ou de sa supériorité féodale.

(1) M. Faustin-Hélie, de *l'Instruction criminelle*, t. I^{er}, p. 319 ; et M. Pardessus, *Essai historique sur l'Organisation judiciaire*, p. 190 et suiv. ; M. Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. IV, p. 98. — Conf., Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XXVII, chap. XXVIII.

Que disait-on en faveur du principe de la *territorialité* ?

On disait que la *compétence territoriale* offrait plus de facilités pour la preuve, pour l'instruction, pour la recherche des éléments de conviction, et qu'elle offrait, d'ailleurs, plus de garanties de sévérité, parce qu'il serait plus difficile de soustraire le coupable à la répression sur le théâtre du crime, au milieu des intérêts qu'il avait lésés que là où il avait laissé ses influences de famille ou de patronage. Mais si ces excellentes raisons prévalurent, c'était donc qu'on se préoccupait plus de l'intérêt de la vengeance *sociale* que de l'intérêt de la vengeance *seigneuriale*, puisqu'on foulait aux pieds les règles et les traditions de l'organisation féodale pour faire prévaloir les nécessités d'ordre public.

Cette idée ressort non seulement des faits, mais elle s'écrit elle-même et s'affirme expressément dans les monuments scientifiques ou législatifs contemporains.

On lit dans la rubrique du chapitre 30 des Coutumes de Beauvoisis : *De pluriex meffès et quele venjance doit estre prise de chascun meffet, etc., etc.*

Dans le corps de ce chapitre, au n° 61, on lit encore :

« Bonne coze est que on queure au devant des
« malfeteurs et qu'ils soient si radement pusni et
« justicié selonc lor meffet, que por le doute de le
« justice li autre en prengnent exemple, si que il se
« gardent de meffère. Et entre les autres meffès

« dont noz avons parler ci-dessus, li uns des plus
« grands et dont li segneurs se doivent penre plus
« près de penre vengeance, si est des aliances fetes
« contre segneurs ou *contre le commun porfit*. »

Les *Etablissements* de saint Louis avaient déjà donné pour l'une des bases de la peine l'intérêt de l'exemplarité : « Car li mauvais lessent à mal fere pour la
« peur de la paine et li bon pour avoir l'amour de
« Dieu. »

En résumé, les *appels*, les *cas royaux*, la *prévention* et la *compétence territoriale* ; voilà les principes auxquels je reconnais l'idée nouvelle qui s'empare de la répression.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est la corrélation intime entre le principe, en vertu duquel la peine est infligée et le mouvement politique.

Lorsque le travail commencé au XII^e siècle par Louis-le-Gros, poursuivi par Philippe-Auguste, saint Louis, Philippe-le-Bel, au XIII^e siècle, eut fait de la royauté, une magistrature suprême, en dehors et au-dessus de la féodalité, un pouvoir central, dont l'action réglementaire, partout présente, s'étendait, sans tenir compte de la diversité des domaines, qui morcelaient la France, sur tout ce qui était susceptible d'être ramené à des conditions de fixité et d'unité, la pénalité a revêtu elle-même le caractère de généralité ; elle est devenue un instrument public, une force sociale.

QUATRIÈME LEÇON.

SUITE DES PROLÉGOMÈNES.—QUATRIÈME PÉRIODE DU XVI^e SIÈCLE à 1789.—

Caractère politique de cette période.—La souveraineté royale.—Dans quels actes cette souveraineté se traduisait-elle?—*Ordonnances, édits, lettres-patentes, déclarations du roi.*—*Arrêts du conseil.*—En principe la souveraineté royale était-elle absolue?—De l'*enregistrement* des Parlements.—Des *arrêts de règlement.*—Principales ordonnances sur le Droit pénal.—Du Droit romain, des Coutumes, du Droit canon comme sources du Droit pénal.—Indications bibliographiques.

L'idée de *vengeance publique* domine-t-elle le Droit pénal?—L'idée de *vengeance divine* et l'idée d'*intimidation* ne s'introduisent-elles pas dans la législation?—Influence de chacun des principes qui animent les sources du Droit pénal.—Témoignages des faits législatifs.—Témoignages de la science juridique.—Mouvement philosophique.

MESSIEURS,

Nous avons constaté dans la dernière période des essais et des efforts de centralisation et d'unité; nous avons vu la royauté s'aidant d'institutions générales pour généraliser son action et pour lutter, 1^o contre la féodalité à laquelle elle veut reprendre les lambeaux épars de la souveraineté; 2^o contre la suprématie ecclésiastique à laquelle elle ne veut pas soumettre sa souveraineté politique.

Mais la période de lutte et de combat doit précéder la période de triomphe et de victoire.

C'est dans la période de triomphe et de victoire que nous entrons ; je l'ai appelée la *période royale par excellence*, la *période des ordonnances*.

Du XIII^e au XVI^e siècle, je ne vous ai cité que quatre monuments généraux de Droit pénal s'appliquant à toutes les parties du territoire français.

Du XVI^e siècle à 1789, nous n'allons plus guère voir, en matière pénale au moins, que des monuments généraux, que des monuments émanés de la souveraineté royale.

La royauté a vaincu la féodalité et conquis son indépendance temporelle ; elle a vaincu ou va vaincre même les instruments dont elle s'était servie, à savoir : les Parlements, les États-Généraux, les Assemblées des notables, dont elle a bien accepté le secours, mais dont elle ne veut pas subir la domination.

Sur les ordonnances, j'examinerai deux questions :

1^o Les ordonnances avaient-elles toutes le même titre et le même caractère ?

2^o L'autorité législative des ordonnances, quel que fût leur titre, n'était-elle pas subordonnée à l'enregistrement des Parlements ?

1^o Les *ordonnances* étaient des lois qui avaient un

PREMIÈRE QUESTION : Les ordonnances se divisaient en *ordonnances* proprement dites, en *édits*, en *lettres-patentes* et en *déclarations*.

grand caractère de généralité, qui embrassaient un ensemble de matières diverses.

Quant à la forme, les *ordonnances* commençaient toujours par ces mots : *A tous présents et à venir, salut*. Elles étaient signées du roi, visées par le chancelier et scellées du grand sceau en cire verte. Leur date, en général, n'indiquait que l'année et le mois ; elles étaient rendues avec plus ou moins de solennité : quelquefois par le roi sur les remontrances des Etats-Généraux, quelquefois par le roi en assemblée des notables, quelquefois par le roi sur l'avis de commissions choisies dans son Conseil et dans le Parlement de Paris, quelquefois par le roi sans aucune de ces garanties, et comme on disait, *du propre mouvement du roi*.

2° Les *édits* étaient des lois qui réglaient une matière spéciale, comme le poison, la banqueroute, le rapt, le péculat, le duel ; soit que cette matière spéciale n'eût pas été réglée dans les ordonnances antérieures, soit que l'on sentît la nécessité de déroger aux ordonnances.

Les édits commençaient aussi par ces mots : *A tous présents et à venir, salut* ; ils étaient signés du roi, visés par le chancelier et scellés du grand sceau en cire verte.

La date n'était que l'indication de l'an et du mois. Toutefois, certains édits n'étaient scellés que de cire jaune, et quelques-uns portent la date du jour du mois.

3° Les *déclarations du roi* étaient des lois interpré-

tatives des ordonnances et des édits, ou indicatives des moyens suivant lesquels ces ordonnances et ces édits devaient recevoir leur exécution.

4° Les *lettres-patentes* n'étaient que par exception des sources de législation ; elles n'étaient habituellement que des concessions de grâces, de privilèges à des particuliers, et se terminaient d'ordinaire par ces mots : *sauf en autre chose notre droit et l'autrui en toutes* ; mais aussi quelquefois elles réglaient des points d'intérêt général, soit en créant des dispositions nouvelles, soit seulement en les rappelant. Elles devaient avoir la même formule que les édits et étaient revêtues du même sceau.

Au lieu de commencer par ces mots : *A tous présents et à venir, salut* ; elles commençaient par ceux-ci : *A tous ceux qui ces présentes lettres verront*. Elles étaient scellées de cire jaune, et la date indiquait non seulement l'année et le mois, mais encore le *jour* du mois.

5° Les *arrêts du Conseil* étaient des décisions rendues au nom du roi et réputées son œuvre, bien qu'elles fussent de fait l'œuvre d'un conseil supérieur divisé en plusieurs bureaux ayant chacun un nom spécial : *Conseil d'État, Conseil des finances, Conseil privé* ou *Conseil des parties*. Les arrêts de ce Conseil cassant ou révisant les arrêts du Parlement, pour violation des lois du royaume, n'étaient admis comme lois qu'autant qu'ils étaient revêtus des formalités des *lettres-patentes*, sauf dans les matières de finances ou dans celles qui se rattachaient au domaine du roi, comme le règlement des frais en matière criminelle.

SECONDE QUESTION : L'autorité législative des ordonnances n'était-elle pas subordonnée à la condition de leur enregistrement par les Parlements ? Non ; les Parlements n'ont jamais été armés du droit de *veto* à l'encontre de la souveraineté royale.

Les ordonnances étaient envoyées aux Parlements pour les enregistrer ; mais cet enregistrement n'était considéré que comme un moyen de publicité.

Les ordonnances n'étaient pas envoyées seulement aux Parlements, mais encore aux autres pouvoirs administratifs et judiciaires qui étaient chargés de leur exécution. Elles étaient envoyées, non pas seulement aux juridictions supérieures, mais même aux juridictions inférieures qui les reçurent dans l'origine directement.

Quelle fut donc l'origine de la prétention si souvent élevée par les Parlements d'imprimer aux ordonnances, par l'enregistrement, le caractère de loi ?

Quelques ordonnances dans leurs formules finales autorisaient les Parlements à suspendre l'enregistrement de leurs dispositions pour le cas où ils jugeraient que ces dispositions nouvelles auraient sur le droit en vigueur ou sur l'intérêt général, un résultat contraire aux prévisions et aux intentions royales. Les Parlements étaient ainsi autorisés à provoquer une déclaration confirmative ou rectificative.

La faculté dont les Parlements avaient été investis accidentellement, de réclamer un nouvel examen se convertit naturellement en droit de remontrance. Si les remontrances n'étaient pas admises, le roi adressait

des *lettres de jussion*, et l'ordonnance devait être enregistrée dans la teneur de sa forme primitive ou avec les modifications admises.

Quelquefois le roi lui-même venait en personne ordonner l'enregistrement qui avait alors lieu *en lit de justice*.

L'ordonnance de 1566, dite de *Moulins*, déclara que les remontrances ne pourraient être faites qu'après l'enregistrement.

Une déclaration du 24 février 1673, renouvela la même disposition ; une déclaration du régent du 15 septembre 1715 fit revivre momentanément le droit de remontrance avant l'enregistrement. Mais des lettres-patentes du 26 avril 1718 impartirent bientôt un court délai dans lequel les remontrances devaient se produire, à peine d'être considérées comme non avenues, et décidèrent que si le roi ordonnait l'enregistrement, nonobstant les remontrances, même faites dans le délai, l'enregistrement devait avoir lieu ou serait réputé fait.

La part des Parlements dans l'action législative se bornait à ceci : ils pouvaient rendre des *arrêts de règlement* qui étaient obligatoires dans leur ressort ; mais d'abord ces arrêts de règlement ne pouvaient pas déroger à la loi ; ils pouvaient, dans le silence de la loi, consacrer des règles jurisprudentielles. Ils pouvaient aussi statuer sur des points qui leur avaient été réservés par des ordonnances ou des édits ; ils pouvaient enfin édicter les dispositions nouvelles, qui leur semblaient réclamées par quel-

ques nécessités pressantes ; mais ces dispositions ne consacraient qu'une *règle provisoire*, et comme elles l'annonçaient elles-mêmes, elles n'étaient établies que *sous le bon plaisir du roi*, c'est-à-dire qu'elles étaient subordonnées à la condition que le roi ne manifesterait pas une intention contraire.

Je dois vous faire connaître le titre, ou au moins la date des principales ordonnances rendues en matière pénale, depuis le commencement du XVI^e siècle jusqu'en 1789. De plus, je veux vous faire connaître les ouvrages doctrinaux qui ont commenté cette partie de la législation.

Les principaux monuments directs de la souveraineté royale sur le Droit pénal pendant cette période sont :

L'édit de *Crémieux*, du 19 juin 1536, *sur la juridiction des baillis, sénéchaux et autres juges présidiaux, et des prévôts, et autres juges inférieurs*, sous François I^{er}.

L'ordonnance de *Villiers-Cotterets*, *sur le fait de la justice et l'abréviation des procès*, d'août 1539. OEuvre du chancelier Poyet, sous François I^{er}.

L'ordonnance d'*Orléans*, de janvier 1560. OEuvre du chancelier L'Hopital, sous Charles IX.

L'ordonnance de *Roussillon*, de janvier 1563. OEuvre du chancelier L'Hopital, sous Charles IX.

L'ordonnance de *Moulins*, de février 1566. OEuvre du chancelier L'Hopital, sous Charles IX.

L'ordonnance de *Blois*, de mai 1579, sous Henri III.

L'ordonnance, de janvier 1629, dite *Code Marillac*

ou *Code Michaux*, du nom de Michel Marillac, garde des sceaux sous Louis XIII.

L'ordonnance criminelle d'août 1670, sous Louis XIV.

Déclaration du 5 février 1731, *sur les cas prévotaux et présidiaux*.

Déclaration du 24 août 1780, sous Louis XVI.

Déclaration du 1^{er} mai 1788.

Je néglige à dessein les monuments spéciaux sur la *religion prétendue réformée*, sur le *duel*, sur le *vagabondage et la mendicité*, sur les *faillites et banqueroutes*, sur le *faux*, etc.

Les autres sources du Droit pénal étaient le Droit romain, les Coutumes et le Droit canon.

Dans les pays de *Droit écrit*, le Droit romain, — dans le silence des ordonnances et des autres monuments de législation générale, œuvre directe ou indirecte de la souveraineté royale, — constituait la loi commune.

Mais le Droit romain, dans les pays de Droit écrit, n'excluait pas l'application de la législation royale ; il était dominé par elle, et cela était vrai surtout en matière pénale.

Dans les pays dits de *Droit non écrit*, les Coutumes étaient aussi dominées par l'application de la législation royale qui était toujours prépondérante. Elles n'excluaient pas même d'une manière absolue l'application des principes du Droit romain.

Le *Recueil des Coutumes de France*, considéré

comme le plus complet, est celui de Bourdot de Richelieu, publié en 1724.

Je vous l'ai dit, l'histoire de notre Droit, c'est la lutte de l'élément de l'ancienne Rome et de la Rome nouvelle avec l'élément germanique. Il ne devait y avoir nulle part ni victoire ni défaite absolue et sans réserve ; mais il y eut, suivant la diversité des lieux, et suivant la diversité des matières du Droit, prépondérance de l'un ou de l'autre.

Dans les matières pénales, qui se lient si intimement au droit public, le Droit romain et le Droit canonique prévalurent. Les lois romaines, cette arme de la bourgeoisie et des légistes, cet instrument de centralisation et d'unité, et les lois canoniques si supérieures, comme raison et comme justice, aux autres monuments de législation contemporaine, devaient naturellement s'empreindre dans l'œuvre de la souveraineté royale (1).

Voici les principaux monuments de doctrine pour cette période de l'histoire du Droit criminel :

1^o La *Pratique judiciaire pour l'instruction et décision des causes criminelles et civiles*, par Lizet, premier président au Parlement de Paris. Cet ouvrage a été publié pour la première fois en 1603. — Mais l'auteur était mort en 1554.

(1) Un recueil de Droit canon, approuvé par une bulle de Grégoire XIII, du 1^{er} juillet 1580, le recueil que l'Eglise tient pour officiel, fut publié en 1582.

2° *La Pratique judiciaire tant civile que criminelle*, par Jean Imbert, publiée en 1552, en latin, et publiée depuis en français.

3° *L'Ordre, Formalité et Instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé es accusations publiques, conféré au style et usage de France, divisé en quatre livres, dont le dernier traite des procès faits aux cadavres, cendres, à la mémoire, aux bêtes brutes, choses inanimées et aux contumax*, par Pierre Ayrault. Cet ouvrage a été composé de 1587 à 1591.

4° *Traité des Matières criminelles*, par Guy Rousseau de la Combe, 1741 (2).

5° *Traité de la Justice criminelle en France, où l'on traite de tout ce qui concerne les crimes et peines, tant en général qu'en particulier*, par Jousse, 1771.

6° *Les Lois Criminelles de France dans leur ordre naturel*, par Muyart de Vouglans, 1780.

Je ne cite que les principaux ouvrages. Je vous renvoie, pour de plus amples détails, à la Bibliothèque choisie des livres de Droit, par Camus, édition de M. Dupin.

En regard des œuvres des jurisconsultes, je veux vous indiquer les principaux ouvrages qui ont propagé les idées de réforme en matière pénale.

MONTESQUIEU. — *Esprit des Lois*, 1749, liv. VII, chapitre VII jusqu'au chap. XXI. — Li-

(2) La première édition parut en 1732, sans nom d'auteur.

vre XII, chap. iv jusqu'au ch. xix.

— Livre XIV, chap. xii. — Livre XXV, chap. xii.

J.-J. ROUSSEAU. — *Contrat social*, 1756.

BECCARIA. — *Des Délits et des Peines*, 1764. Traduit par l'abbé Morellet.

VOLTAIRE. — *Commentaire sur Beccaria*, 1766.

SERVAN. — *Avocat-général au Parlement du Dauphiné. Discours sur l'Administration de la Justice criminelle*, 1767.

MABLY. — *De la Législation ou Principes des Lois*, 1776.

BERNARDI. — *Discours sur la Législation criminelle*, 1780.

BRISSOT DE WARVILLE. — *Théorie des Lois criminelles*, 1781.

LACRETELLE. — *Discours sur le préjugé des Peines infamantes*, 1784.

ROBESPIERRE. — *Discours couronné par la société royale des arts et sciences de Metz, sur les questions suivantes :*

Quelle est l'origine de l'opinion qui étend sur tous les individus d'une même famille une partie de la honte attachée aux peines infamantes que subit le coupable, etc., etc., 1785.

DUPATY. — *Plaidoyer dans l'Affaire des trois Roués*, 1786.

FILANGIERI. — *La Science de la Législation*, 1786, et années suivantes (1).

Quelles idées ont dominé le Droit pénal, depuis le XVI^e siècle jusqu'en 1789 ?

Des idées assez complexes inspirent et dominent le système pénal du XVI^e siècle jusqu'en 1789.

On a dit que *la vengeance publique* était l'âme et le fond de cette législation jusqu'à la Révolution.

L'idée de *vengeance publique* a pu sans doute conserver une large part d'influence, mais elle n'a pas été exclusive.

Deux autres idées sont venues s'y joindre :

1^o L'idée de *vengeance divine* ;

2^o L'idée que la peine est un *instrument d'intimidation sociale*, un moyen de terreur qui a surtout pour objet d'empêcher le crime ou au moins d'en diminuer le nombre.

L'idée de *vengeance publique* ; l'idée de *vengeance divine*, et l'idée que la peine est un *instrument d'intimidation*, ont laissé chacune son empreinte dans la législation pénale.

L'idée de *vengeance* explique : 1^o le secret de la procédure succédant à la publicité ; 2^o l'absence de garantie pour les accusés, l'absence d'un défenseur ; 3^o l'adoption de la torture comme moyen de découvrir la vérité, moyen emprunté, non pas, comme on

(1) Sur Filangieri, voir M. VILLEMAM, *Huitième leçon du cours de littérature sur le XVIII^e siècle*.

l'a trop dit, aux juridictions ecclésiastiques, mais bien au Droit romain qui l'avait lui-même emprunté au Droit Attique. Il importe qu'aucun coupable n'échappe à la *vengeance sociale* : tout est sacrifié à ce but.

L'idée que la royauté est chargée de la *vengeance divine* et est dépositaire du *Droit de glaive*, explique les usurpations du pouvoir humain sur la justice de Dieu ; elle explique comment la loi sociale a atteint directement et en son nom de purs faits de conscience, et entrepris de son chef, avec la pénalité pour instrument, une œuvre de prosélytisme. — Sans doute, et bien antérieurement, le blasphème, la magie, le sortilège avaient été l'objet d'incriminations et de répressions. Mais c'est que les faits, les actes, punis sous ces qualifications, constituaient des atteintes extérieures à la religion, partie intégrante des lois de l'Etat, et apportaient un trouble à l'ordre social (1).

Sans doute aussi l'hérésie, c'est-à-dire la profession d'une foi en dehors de la foi consacrée par l'autorité catholique, avait été frappée par la justice séculière, et elle avait même été classée parmi les *cas royaux* ; mais l'intervention du pouvoir politique se bornait à appliquer une peine sociale au trouble social résultant des faits que la juridiction ecclésiastique déclarait, d'après le Droit canonique, constitutifs du crime d'hérésie. Le pouvoir politique n'assumait pas sur

(1) Voir les Capitulaires et l'Ordonnance de saint Louis, de 1264.

lui la responsabilité d'attacher le caractère d'hérésie punissable à telle ou telle infraction aux devoirs religieux. — Il laissait cette tâche à l'Eglise et se chargeait seulement de suppléer à l'insuffisance des peines spirituelles (1).

La définition des délits, en matière de foi, eût semblé un empiètement du pouvoir temporel sur le pouvoir spirituel, et la liberté de conscience y gagnait, parce que l'Eglise plus éclairée et plus libérale subordonnait l'existence du délit à des conditions de publicité, de scandale et d'opiniâtreté. Les juridictions ecclésiastiques offraient plus de garanties que toute autre juridiction.

Si les Juifs avaient été souvent proscrits, expulsés du royaume, ce n'était pas comme non-catholiques, mais comme convaincus, en vertu de quelque présomption générale qui les atteignait collectivement, d'usure, d'empoisonnement et d'autres crimes. D'ailleurs, jusqu'au décret du 27 septembre — 13 novembre 1791, les Juifs avaient toujours été considérés comme étrangers et placés comme tels en dehors de nos lois.

La législation contre les protestants, dans quelques-unes de ses dispositions au moins, cette législation heureusement exceptionnelle, est trop empreinte de l'idée que la royauté est la représentation de Dieu.

Que la royauté pût, dans le principe, proscrire,

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis, des Courts d'Eglise*, art. 2. — Tome I, p. 157 ; édit. Beugnot.

comme un trouble social, toute manifestation extérieure, toute entreprise contre la foi nationale, c'est ce qu'il n'est pas permis de contester; si, en effet, le droit d'admettre ou de ne pas admettre la profession publique d'un culte est encore au XIX^e siècle reconnu à l'Etat, à plus forte raison ce droit existait-il à une époque où l'unité catholique dominait la société tout entière. — Mais le droit n'allait pas jusqu'à violenter les consciences à l'aide de la pénalité. La royauté, qui personnifiait déjà l'unité politique, semblait vouloir personnifier l'unité religieuse.

Les deux idées de *vengeance publique* et de *vengeance divine* combinées, se fortifiant l'une par l'autre, expliquent comment l'intensité de certaines peines a été portée jusqu'au luxe de la cruauté: la vengeance et l'expiation ne pouvaient jamais aller trop loin.

Le *désir préventif* et l'*idée d'intimidation* expliquent comment, pour certaines incriminations, pour celles de lèse-majesté et de parricide, par exemple, la peine était appliquée même à des insensés et à des fous dont la folie remontait aux faits poursuivis; — comment, en matière d'accusation de lèse-majesté, des peines étaient appliquées à des enfants innocents du crime de leur père; — comment, non-seulement en matière de lèse-majesté et de duel, certaines poursuites se faisaient et les peines s'appliquaient contre la mémoire du défunt et même contre son cadavre: — il ne s'agissait pas de *punir*, mais de *faire des exemples*. C'était la pratique de cette pensée de Quintilien:

« *Omnis pœna non tam pertinet AD DELICTUM quam AD*
« *EXEMPLUM.* »

Ces trois idées que nous signalons ne sont pas seulement dans les faits législatifs ; elles sont formulées par la science contemporaine.

DOMAT, dans son *Traité des Lois*, a paraphrasé, en parlant du prince, le texte : « *Non sine causa gladium portat ; Dei enim minister est, vindex in iram ei qui malum agit.* Et comme c'est Dieu même qu'ils (les princes) représentent dans le rang qui les élève au-dessus des autres, il veut qu'ils soient considérés comme tenant sa place dans leurs fonctions et c'est par cette raison qu'il appelle lui-même des dieux, ceux à qui il communique le droit de gouverner les hommes *et de les juger*, parce que c'est un droit qui n'est naturel qu'à lui.

« C'est pour l'exercice de cette puissance que Dieu met dans les mains de ceux qui tiennent la première place dans le gouvernement, l'autorité souveraine et les divers droits accessoires pour maintenir l'ordre dans la société, suivant les lois qu'il y a établies.

« C'est pour cet ordre qu'il leur donne le droit de faire les lois et les réglemens nécessaires pour le bien public, *selon les tems et selon les lieux*, et la puissance d'imposer des peines aux crimes (1). »

(1) *Traité des Lois*, publié en 1689, chap. IX, n° 7.

ARGOU, dans son *Institution au Droit français*, livre III, chap. xxxviii, dit :

« La *vengeance* est défendue aux hommes et il n'y
« a que le Roi qui la puisse exercer par ses officiers,
« en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu. »

JOUSSE, dans son *Traité de la justice criminelle*, voit surtout dans les peines un *moyen de défense* ; il dit dans sa préface :

« Le premier objet des lois en établissant ces peines
« et qui regarde tous les criminels en général, à la
« réserve de ceux qui sont condamnés au dernier
« supplice, est de *corriger les coupables que l'on*
« *punit, afin qu'ils s'attendent à de nouvelles peines*
« *s'ils retombent dans de nouveaux crimes.*

« Le second, qui ne regarde que les grands crimes
« et ceux qui sont punis du dernier supplice, est de
« mettre ceux qui en sont coupables hors d'état de
« commettre de nouveaux troubles dans la société,
« en les punissant de mort ou d'une autre peine ca-
« pitale.

« Et le troisième qui est commun à toutes sortes
« de peines et de supplices, est l'*Exemple*, afin de
« contenir, par la vue et la crainte des peines exer-
« cées sur des coupables, ceux qui ne sont pas rete-
« nus par d'autres motifs et qui ne s'abstiennent de
« faire le mal que par crainte (1). »

Ainsi la pensée d'amendement n'était encore qu'un moyen préventif.



MUYART DE VOUGLANS, dans son *Traité des lois criminelles* (publié en 1780), liv. II, tit. I^{er}, § 5, dit :

« Aussi, ce pouvoir que l'on appelle *Droit de glaive*,
« parce qu'il s'étend sur la vie des hommes, ne
« pouvait appartenir qu'à cette autorité suprême
« que la divine Providence communique au sou-
« verain. »

L'auteur du discours préliminaire qui sert d'introduction à la nouvelle édition des *Décisions* de Denisart, de Varicourt, parle encore de *vengeance et d'exemplarité* ; mais les termes qu'il emploie sont un témoignage d'un grand progrès.

« Remarquez, dit-il, que l'objet de la loi n'est pas
« qu'il y ait une peine appliquée dès qu'il a existé un
« crime ; mais son vœu est de punir le coupable et nul
« autre. Cette réflexion, qui paraît fort simple, mérite
« néanmoins d'être faite très sérieusement. *Pour ar-*
« *rêter les crimes, il faut des exemples ; mais per-*
« *sonne ne doit servir d'exemple que le coupable.* Il
« faut que la société soit *vengée* du crime qui l'a atta-
« quée ; mais cette *vengeance* est celle de la loi, froide,
« impartiale, qui ne poursuit ni ne favorise personne.
« C'est plutôt de l'impulsion d'une sorte de nécessité
« que de celle d'une volonté libre, que doit résulter
« l'action de ses ministres. — Leurs jugements sont
« *l'acquit d'une dette.* Ils doivent tout ce qu'ils font ;
« ils doivent à l'innocent la conservation de ses jours,
« au coupable, la peine de son crime. Or, il n'y a
« point d'acte qui soit plus inaccessible aux passions
« que *l'acquit d'une dette.* »

Ces lignes étaient écrites en 1783.

L'idée que la peine avait, entre autres buts, celui de corriger le coupable, s'était déjà produite, comme idée accessoire, dans les siècles précédents; mais l'idée que la société *doit* la peine et *paie une dette* en l'infligeant, cette réminiscence de Platon, est toute nouvelle dans notre Droit pénal, et ce n'est qu'au XIX^e siècle, qu'un de nos grands écrivains, dans son argument sur Gorgias, la remettra en lumière (1).

A l'encontre des principes qui ressortaient des faits législatifs et des théories juridiques qui les interprétaient, se forma, dans le courant du XVIII^e siècle, une théorie, instrument de combats et de révolutions. — Elle n'est qu'un élément d'une théorie philosophique dominante à cette époque sur l'origine de la société et des pouvoirs sociaux. — La société n'était qu'un *contrat* par lequel les hommes s'étaient entendus pour faire cesser l'état de nature dans lequel ils jouissaient d'une indépendance affranchie de toutes règles, et dans laquelle ils n'avaient que leur force individuelle pour se protéger contre les forces individuelles qui pouvaient les assaillir. Le pouvoir était une création humaine, l'œuvre de la volonté générale qui faisait la loi. C'était un mandataire, un serviteur, chargé de mettre à exécution la volonté commune.

Le pacte social avait pour fin la conservation des contractants; or les associés qui avaient voulu la fin avaient voulu nécessairement les moyens. Les peines

(1) Platon, trad. Cousin, t. III, p. 167.

étaient au nombre de ces moyens indispensables au maintien de la société. Chaque individu avait consenti, pour que le corps social se chargeât de protéger sa vie, sa liberté, sa fortune, à lui confier la disposition de sa fortune, de sa liberté, de sa vie même, pour le cas où il porterait atteinte à la vie, à la liberté, à la fortune des autres individus qui s'étaient associés sous la même condition.

Les peines n'étaient donc, dans ce système, que le contingent éventuel que les associés s'obligeaient à supporter pour former l'assurance mutuelle : c'était le gage de la sécurité de tous.

« Le traité social a pour fin la conservation des
« contractants ; qui veut la fin veut aussi les moyens,
« et ces moyens sont inséparables de quelques risques,
« même de quelques pertes. Qui veut conserver sa
« vie aux dépens des autres, doit la donner pour
« eux aussi, quand il faut. Or le citoyen n'est plus
« juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose ; et
« quand le prince lui a dit, il est expédient à l'Etat
« que tu meures, il doit mourir, puisque ce n'est
« qu'à cette condition qu'il a vécu en sûreté jus-
« qu'alors et que sa vie n'est plus seulement un bien-
« fait de la nature, mais un don conditionnel de
« l'Etat.

« La peine de mort infligée aux criminels, peut être
« envisagée à peu près sous le même point de vue. —
« *C'est pour n'être pas victime d'un assassin qu'on*
« *consent à mourir si on le devient. — Dans ce traité,*
« *loin de disposer de sa propre vie, on ne songe*

« qu'à la garantir, et il n'est pas à présumer qu'aucun des contractants prémédite alors de se faire pendre (1). »

Ainsi, l'aliénation éventuelle de sa vie n'est pas de la part de chaque associé, un suicide conditionnel; c'est l'organisation d'un moyen efficace de défense.

Cette idée courante de *Contrat Social*, appliquée par Rousseau à la pénalité, Beccaria se l'appropriée et la développa dans un livre *ad hoc*, avec cette conclusion pratique, que chaque individu n'avait dû ni pu concéder que ce qui était indispensable au maintien de l'organisation sociale.

Les nouveaux principes se faisaient jour et commençaient à s'écrire dans la législation quand la Révolution de 1789 arriva (2).

(1) J.-J. ROUSSEAU, *Contrat Social*.—*Du Droit de vie et de mort*, liv. II, chap. v.

(2) Voir la déclaration du 24 août 1780 et la déclaration du 1^{er} mai 1788.—INTRODUCTION à la réimpression du *Moniteur*, p. 344.

CINQUIÈME LEÇON.

SUITE DES PROLÉGOMÈNES.—CINQUIÈME PÉRIODE DEPUIS 1789. — Tableau résumé des monuments législatifs.—Action des théories politiques sur les fondements du Droit pénal.—Conséquences du principe du Contrat social.—Législation de la Constituante.—Code du 3 brumaire an IV.—Bentham, Kant, de Pastoret.—Codes de l'Empire.—Exagération de M. Lermnier.—Restauration.—Traces de l'influence de l'école éclectique.—Réforme du 28 avril 1832.—Triomphe du principe que la pénalité est fondée sur la justice morale limitée par l'utilité sociale.

MESSIEURS,

Quelles ont été les sources du Droit pénal depuis 1789 ?

L'histoire des sources du Droit pénal depuis 1789 jusqu'à nos jours, ce serait l'histoire de nos diverses révolutions politiques, non seulement dans leurs formules législatives, mais dans les autres faits extérieurs et surtout dans les causes qui les ont dominées.—Une analyse serait nécessairement incomplète et même infidèle. Les omissions et les lacunes inévitables fausseraient l'appréciation, et cette apprécia-

tion elle-même serait difficile à saisir, parce que les éléments sur lesquels elle porterait, isolés de l'ensemble dans lequel ils ont eu leur part d'action, ne pourraient être qu'imparfaitement connus.

Il n'y a, pas pour nous, de moyen terme entre une histoire complète et détaillée de notre Droit pénal depuis 1789 et une simple nomenclature des principaux monuments dans lesquels il s'est produit.

Nous nous bornons à cette nomenclature :

PRINCIPALES LOIS DE LA CONSTITUANTE.

26 août 1789.	<i>Déclaration des droits.</i>
21 janvier 1790.	Décret qui abolit le privilège en matière de crime ; déclare tous les coupables égaux devant la loi pénale ; proclame la <i>personnalité</i> de la peine et supprime la confiscation à titre universel.
16—26 mars 1790.	Décret qui abolit les <i>lettres de cachet</i> .
19 juillet 1791.	Loi sur la procédure municipale et correctionnelle.
3 septembre 1791.	Constitution qui consacre l'institution du jury d'accusation et l'institution du jury de jugement.
16—29 sept. 1791.	Code d'instruction criminelle.
25 sept.—6 oct. 1791.	Code pénal.
26 et 27 sept. 1791.	Décret qui abolit la <i>marque</i> .
29 sept.—21 oct. 1791.	Décret, en forme d'instruction, pour la procédure criminelle.

Voilà la part de la Constituante.

ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE.

20—25 mars 1792. Décret qui établit un nouvel instrument de supplice. — Invention du médecin Guillotin.

CONVENTION.

27 juill.—2 sept. 1792. } Rétablissement de la confiscation à
30 août—3 sept. 1792. } titre universel, comme pénalité poli-
19 mars 1793. } tique.

25 octobre 1795, 3 brumaire an IV. Code des délits et des peines (646 articles,—dont 53 sur la pénalité et 593 sur la procédure).

26 oct. 1795 (14 brumaire an IV). Décret par lequel la Convention, à sa dernière heure, vote l'abolition de la peine de mort pour l'avenir, mais à dater du jour de la paix générale.

DIRECTOIRE.

Point de monuments législatifs pour le Droit pénal.

CONSULAT ET EMPIRE.

28 mars 1804. Des arrêtés des Consuls nomment des commissions pour préparer un projet de Code criminel.—La commission est composée de MM. Vieillard, Target, Oudard, Treilhard et Blondel.

8 nivôse an X (29 décembre 1801). } Loi qui maintient la peine de mort.

Du 5 juin 1804 au 20 décembre 1804. Un projet, contenant tout à la fois la pénalité et la procédure, est discuté dans 25 séances du Conseil d'Etat. —Il était divisé en 1169 articles.

Napoléon préside le Conseil et prend une vive part à la discussion.

Après une interruption de quatre ans deux projets distincts, l'un d'instruction criminelle, l'autre de Code pénal, sont substitués au projet primitif abandonné.

M. Target est le rédacteur des observations sur le projet de Code criminel.

M. Oudard est le rédacteur des observations sur la procédure.

Du 30 janvier au 30 octobre 1808. Le *Code d'instruction* est discuté au Conseil d'Etat.

Du 17 nov. au 16 décembre 1808. } Il est décrété en *neuf* lois.

Du 4 octobre 1808 au 18 janvier 1810. Le *Code pénal* est discuté au Conseil d'Etat.

Du 12 au 20 fév. 1810. Il est décrété en *sept* lois.

La section de législation au Conseil était composée, pendant la discussion de ces deux Codes, de :

MM. Treilhard, président, Albisson, Berlier, Faure, Réal, auxquels avaient été adjoints le premier président de la Cour de cassation et le procureur-général, MM. Muraire et Merlin.

Les orateurs du Gouvernement devant le corps législatif furent : MM. Treilhard, Berlier, Faure et Réal.

Les Codes pénal et d'instruction cri-

minelle furent déclarés exécutoires à partir du 1^{er} janvier 1811 (1).
Les peines de la *marque* et de la *confiscation* sont rétablies.

RESTAURATION.

1814. Charte qui maintient le Code pénal et le Code d'instruction criminelle de l'empire et abolit la confiscation à titre universel.
- 24 juin 1824. Loi qui réalise quelques améliorations en matière pénale, et fait un premier essai du système des *circonstances atténuantes*.
- 2 mai 1827. Loi qui augmente les garanties résultant de l'institution *du jury*.

RÉVOLUTION DE JUILLET 1830.

- 29 avril 1832. Loi qui révisé le Code pénal et le Code d'instruction criminelle, et apporte de notables améliorations à la législation pénale.
- 9 septembre 1835. Loi sur les Cours d'assises, et loi modificative de certains articles du Code d'instruction criminelle.

RÉVOLUTION DE 1848.

- 26—29 février 1848. Décret qui abolit la *peine de mort en matière politique*.

(1) Voir M. Ortolan, *Introduction historique*, sect. IV et V, p. 167—220.
— M. Dupin, *Discours de rentrée*, du 23 novembre 1847, pages 16 à 34.

- 6—8 mars 1848. Décret qui abroge la loi du 9 septembre 1835.
18—22 avril 1848. Décret qui étend la réhabilitation aux condamnés correctionnels.
4 novembre 1848. Constitution qui maintient et renouvelle (art. 5) l'abolition de la peine de mort.
7—12 août 1848. Décret sur la composition du jury.
18—20 octobre 1848. Décret relatif à la majorité du jury.

CONSTITUTION DES 14—22 JANVIER 1852.

- 3—6 juillet 1852. Loi sur la réhabilitation.

EMPIRE.

25—30 décembre 1852. Constitution.

Art. 1^{er} de la Constitution. L'empereur a le droit d'accorder des amnisties.

- 4—10 juin 1853. Loi sur la composition du jury.
9—10 juin 1853. Loi sur la majorité du jury.
-

La Révolution de 1789 était plus qu'une révolution *politique*, c'était une révolution *sociale*; elle essaya de traduire en fait et de réaliser dans la pratique, dans ce qu'elles avaient de bon, et dans ce qu'elles avaient de désastreux, les théories philosophiques qui avaient ruiné les bases de l'ancienne société française et de la monarchie absolue qui en avait été la dernière expression. Elle voulut donner à la société

nouvelle pour unique fondement, le principe que la société était *un contrat*, la loi *un contrat*, la création du pouvoir, le résultat d'un *contrat*; elle dut, pour être logique, et ce n'était pas par la logique qu'elle péchait, donner pour base à la pénalité le principe du *contrat social*, ce principe que Rousseau, Beccaria, Voltaire, Mably avaient accrédité dans la philosophie et que Servan et Dupaty comme magistrats, Linguet, Elie de Beaumont, Target et Lacroix comme avocats, avaient transporté dans le monde judiciaire. On pouvait, de ce principe faire découler la pénalité de deux manières : ou bien le Droit de punir, dont le pouvoir social était investi, était le droit que chaque individu avait cédé sur lui-même, pour le cas où il violerait le contrat ; ou bien, c'était le droit que chaque individu avait de se défendre contre ses semblables, en cas d'agression, dont il s'était dessaisi. Chacune de ces idées qui dérivait du contrat social eut ses adeptes ; la première fut surtout adoptée par les philosophes et les publicistes ; la seconde fut surtout adoptée par les jurisconsultes.

Prix de la protection stipulée ou instrument de défense, voilà ce que fut la peine ; elle ne fut plus l'instrument d'une vengeance sociale, l'instrument d'une vengeance divine, un instrument d'intimidation.

Je veux vous montrer l'idée nouvelle se substituant à chacune des trois idées qu'elle remplace.

Plus de vengeance sociale..... donc plus de torture, plus de peines atroces, plus de mutilations, mais

des garanties pour les accusés. « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. » Art. 8 de la déclaration des Droits de l'homme, du 26 août 1789.

Plus de vengeance divine..... donc plus d'empiétements de la part du pouvoir humain sur le pouvoir de Dieu, plus de crimes de lèse-majesté divine, plus de crimes contre la foi. Le principe de la liberté de conscience est proclamé ; nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi (art. 10 de la déclaration du 26 août 1789).

Plus de pensée d'intimidation..... donc, plus de poursuites contre le cadavre ou seulement contre la mémoire, plus de peines étendues à la famille du coupable. Le grand principe de la personnalité de la peine est proclamé ; la peine n'a de droits que sur le crime, et le crime est personnel (art. 2 du décret du 21 janvier 1790) : les délits et les crimes étant personnels, le supplice d'un coupable et les condamnations infamantes quelconques, n'impriment aucune flétrissure à la famille. L'honneur de ceux qui lui appartiennent n'est nullement entaché et tous continueront d'être admissibles à toute sorte de professions, d'emplois et de dignités.

Le principe du *contrat social*, appliqué aux matières pénales, entraîne encore d'autres réformes. Le privilège et l'inégalité semblaient inhérents à l'ancienne organisation sociale. Depuis longtemps la féodalité avait été détruite comme pouvoir politique,

mais elle avait laissé des traces profondes et avait encore une grande influence sociale.

Le privilège et l'inégalité s'étaient introduits jusqu'en matière de crime et de pénalité ; il y avait des peines pour les gentilshommes et des peines pour les roturiers. Les roturiers condamnés à mort périssaient par la potence, et les gentilshommes condamnés à la même peine subissaient la décollation ; toutefois le principe s'était introduit longtemps avant la Révolution, qu'où *le noble serait convaincu d'un vilain cas, il serait puni comme un vilain* (1). Eh bien ! du moment où la société était un contrat, où la loi et le pouvoir n'étaient que le résultat du contrat, chacun était réputé avoir stipulé au même titre, s'être soumis à la même condition, avoir subi le même sacrifice et réclamé les mêmes garanties ; de là l'égalité de la peine, quel que fût le rang des coupables (art. 1^{er} du décret du 21 janvier 1790 : « Les délits du même genre seront punis par le même genre de peine, quels que soient le rang et l'état des coupables.

Avant la Révolution la plupart des peines étaient *arbitraires*, c'est-à-dire laissées à la discrétion du juge qui pouvait ainsi, par passion ou par faveur, exagérer la sévérité ou l'indulgence jusqu'à l'abus le plus monstrueux.

Le principe du contrat social excluait tout arbitraire dans les peines ; il excluait même l'existence

(1) *Institutes coutumières* de Loysel, livre VI, titre II, règle 19.

d'un *maximum* et d'un *minimum* dans la peine attachée à chaque genre de crime. Du moment, en effet, où la peine n'était qu'un moyen de défense sociale, elle ne devait pas être mesurée sur le degré d'immoralité de l'agent, elle devait être mesurée sur le danger que le crime faisait courir à la société. Or, tous les crimes qui ont matériellement les mêmes caractères font courir à la société le même danger. Ce sont là les réformes dont le Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 contient l'application.

Quant à la loi de procédure elle commença une œuvre d'éclectisme ; elle emprunta à la procédure antérieure au XVI^e siècle le principe que chacun devait être jugé par ses pairs et elle institua un double jury, non seulement un jury pour juger les accusés, mais encore un jury pour mettre les inculpés en accusation ; elle emprunta encore à la procédure antérieure au XVI^e siècle le principe de la publicité de l'instruction, du débat oral ; elle lui emprunta enfin le principe que la partie lésée pouvait mettre en mouvement l'action répressive (1). Elle n'emprunta à la procédure du XVI^e siècle le principe de l'information secrète que pour l'information préparatoire et elle garda l'institution du ministère public ; en sorte que la répression eut pour garantie et l'intérêt privé, et l'intérêt général.

Mais le Droit pénal, comme la constitution politique, reposait sur un principe matérialiste. Or, il

(1) Loi du 16 septembre 1791, tit. I^{er} de la *Justice criminelle* et de l'*Institution des Jurés*.

n'est pas donné au pouvoir de l'homme de paralyser, de comprimer, de refouler les désastreuses conséquences qu'un mauvais principe recèle. Ces conséquences doivent tôt ou tard se produire.

Si la peine est un moyen de défense sociale, c'est un moyen de guerre. C'est là ce que vit bien la logique de la Convention ; aussi, sous prétexte de défense, elle fit de la guerre, de l'extermination lâche et implacable ; on ne jugeait pas, on prenait des mesures de salut public. La société, ou plutôt ceux qui l'opprimaient, avaient pour champion le bourreau et pour arme la guillotine. Sous le Directoire, les déportations sans jugement furent encore l'application de cette idée, que la peine était un moyen de guerre défensive.

Le Code du 3 brumaire an IV ne fut guère, quant à la pénalité au moins, que la reproduction du Code du 25 septembre—6 octobre 1791 ; il donne lieu aux mêmes observations.

Sous le Consulat et sous l'Empire, c'est-à-dire à une époque de réorganisation sociale, d'autres idées se firent jour et réclamèrent leur part d'influence.

Bentham, sans s'occuper de la question d'origine de la société qu'il traitait de question oiseuse, fondait le Droit de punir sur l'*utilité du plus grand nombre*, en dehors et indépendamment de toute idée supérieure de raison et de justice.

En Allemagne, Kant fondait le Droit de punir sur une idée de *justice absolue*, en dehors et indépendamment de toute idée d'utilité sociale ; c'était

le contrepied de la théorie de Bentham. Le mal devait être expié, parce que c'était le mal, et non parce qu'il était nuisible à la société.

L'homme était puni pour lui-même et non au profit des autres comme moyen de sécurité sociale.

Le Droit pénal devait alors avoir non seulement le même centre, mais la même circonférence que la morale.

Puis il y avait la théorie du Droit de défense qui s'amendait et se tempérait par une idée morale.— Cette théorie, dont le plus célèbre représentant fut M. de Pastoret, ne reculait devant l'idée d'intimidation qu'autant qu'elle n'était pas nécessaire.

Ce fut en présence de ces trois théories que le projet de Code pénal fut discuté.

De quelles idées se sont inspirés les rédacteurs du Code de l'Empire?

Un publiciste distingué, M. Lerminier (1), a écrit que leur œuvre présentait l'*anarchie éclatante des principes les plus contraires*. Il y a de la vérité dans ce langage, mais il y a aussi de l'exagération.

La *Théorie du Contrat social* et la *Théorie de Bentham* sont l'inspiration prédominante. Nous en verrons la preuve dans les dispositions du Code. Quelques mots de M. Target nous la révèlent :

« Que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est
« d'une haute importance ; après le plus détestable
« forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fût

(1) Introduction générale à l'*Hist. du Droit*, ch. 20, p. 289.

« désormais à craindre, la punition du dernier des
« coupables serait une barbarie sans fruit, et l'on ose
« dire qu'elle dépasserait le pouvoir de la loi : *Pœna*
« *non irascitur sed cavet* (SENÈQUE). La gravité des
« crimes se mesure donc, non pas tant sur la per-
« versité qu'ils annoncent, que sur les dangers qu'ils
« entraînent (1). »

Toutefois, par une heureuse inconséquence, le Code de l'Empire permet aux juges de faire la part de la moralité de l'agent, en établissant pour chaque peine un maximum et un minimum.

Quant à la loi de procédure, les Codes de l'Empire continuèrent l'œuvre d'éclectisme ; ils appliquèrent et le principe de l'instruction secrète et le principe de l'instruction orale et publique ; — ils supprimèrent le jury d'accusation et ne maintinrent que le jury de jugement ; ils ne laissèrent pas, en matière de crime, le Droit d'accusation aux intérêts privés.

La Restauration s'efforça de restituer à l'idée morale sa légitime place. — Elle n'entreprit aucune réforme générale des lois pénales ; elle ne fit que des innovations partielles ; elle fit le premier essai des circonstances atténuantes, c'est-à-dire qu'elle pensa que si le danger social était l'une des bases de la mesure de la peine, il y en avait une autre, à savoir, le plus ou moins d'immoralité de l'agent.

C'est que sous la Restauration, se développait et s'ac-

(1) Observations de M. Target sur le *Code pénal*. Locré, t. XXIX, p. 8.

eréditait une école philosophique nouvelle, l'école qui a eu pour illustres représentants, MM. Royer-Collard, Guizot, de Broglie, Cousin, de Rémusat. Cette école s'occupa beaucoup du Droit de punir ; elle subordonna ce Droit à quatre conditions :

1° Que le fait incriminé fût contraire à la loi morale ;

2° Qu'il fût contraire à l'ordre social ;

3° Que la peine ne dépassât jamais le degré d'expiation qu'exigeait la loi morale ;

4° Qu'elle n'atteignît pas même ce maximum, si l'intérêt social ne l'exigeait pas.

A ces quatre conditions, suivant la nouvelle école, le pouvoir social était dépositaire et mandataire de la justice de Dieu. Ce sont les idées de Bentham et de Kant se limitant, qui forment le fond de cette théorie. M. Rossi en a été le brillant et quelquefois l'éloquent vulgarisateur.

La Révolution de juillet amena cette école au pouvoir, et ce sont ces principes qu'elle a essayé de réaliser dans la réforme du 28 avril 1832.

Je n'essaierai pas de dire quelles idées ont animé les monuments successifs du Droit pénal depuis 1848. — Ces idées ont été très diverses et peut être un peu mêlées. — Elles appartiennent à un temps trop voisin de nous ; elles sont trop liées au présent pour tenter leur appréciation.

Ce que je puis, ce que je dois apprécier, au point de vue philosophique, se sont les principes qui ont successivement dominé le système pénal français jusqu'à la Révolution de 1848 : — à l'idée de vengeance in-

dividuelle a succédé l'idée de vengeance publique;— l'idée de vengeance publique s'est fortifiée ou aggravée par la pensée de vengeance divine; — enfin, l'exemplarité du châtiment et l'intimidation qu'il produit ont été comme une égide dont la société a cru avoir besoin pour se sauvegarder.

La fiction du contrat social ébranle, puis enfin renverse les vieilles bases de la pénalité. La pénalité est la condition de l'assurance mutuelle. Le matérialisme prévaut dans le Droit pénal, comme partout. Il produit une théorie qui demande à l'*utilité* du plus grand nombre la justification du châtiment social.—Le spiritualisme réagit; il se traduit et s'exagère dans le système de *justice absolue*; la peine est une *dette* envers cette justice. La réaction irait presque jusqu'à faire revivre l'idée de vengeance divine. Deux tentatives sont faites pour concilier le principe de l'utilité sociale et le principe de la justice morale.— Chacune de ces tentatives de conciliation a une part d'influence; la dernière surtout, celle qui se relie à la philosophie éclectique, devient prépondérante.

Voilà les idées au mouvement desquelles j'ai essayé de vous faire assister.

Sans doute l'histoire de ces idées, de leur action, c'est le plus sûr, c'est le meilleur des jugements; mais je n'ai fait ni pu faire leur histoire à proprement parler. Je ne vous ai présenté que quelques aperçus historiques; je ne me suis attaché qu'aux conséquences générales, je ne les ai pas suivies dans leurs développements.

L'appréciation philosophique, c'est-à-dire l'appréciation au point de vue rationnel et juridique de chacune des idées qui ont servi de base au Droit de punir, c'est le complément indispensable de mes *prolégomènes*.

Les principes qui servent de fondement aux lois pénales ne sont pas, en effet, des abstractions stériles ; si leur étude n'était utile qu'au législateur je pourrais la négliger ; mais elle est d'un grand secours pour l'interprète, et, sur un grand nombre de questions pratiques, de questions controversées, c'est à ces théories pour lesquelles une école qui croit que toute la science est dans les textes professe tant de dédains, que je demanderai souvent des solutions.

Cette étude critique des diverses théories du Droit de punir fera l'objet de ma prochaine leçon.

SIXIÈME LEÇON.

SUITE DES PROLÉGOMÈNES.—Appréciation philosophique des divers principes assignés à la pénalité.—Pensée de vengeance *individuelle, sociale* ou *divine*.—*Exemplarité* et *intimidation*.—*Contrat social*. — Deux théories produites par le principe du *Contrat social*. — L'une adoptée par les philosophes, l'autre par les jurisconsultes.—*Utilité du plus grand nombre affranchie de toute loi supérieure*. — Droit de *défensé* appartenant à la société de son chef et en dehors de toute convention. — *Justice morale absolue*. — *Justice morale limitée par l'utilité sociale*. --- Ecole *éclectique*. — Objections: le principe de la pénalité ne doit pas être cherché en dehors de la société. Il est une conséquence du droit de souveraineté inhérent à l'idée de la société.

MESSIEURS,

Je vous ai dit que l'étude des principes sur lesquels peut se fonder le Droit de punir, n'est pas seulement une étude d'homme politique et de législateur, que c'est encore une étude de légiste, une étude indispensable à l'intelligence des textes, à leur saine application.

Je ne vous ferai pas longtemps attendre mes preuves.—J'entamerai dans ma prochaine leçon l'ex-

plication du Code pénal, et immédiatement je demanderai à la théorie que je vais aujourd'hui essayer de justifier, des moyens d'interprétation ; aux théories que je vais combattre, des objections contre leurs solutions.

Six principes sont à examiner :—Le principe de la *vengeance*, qu'elle soit individuelle, sociale ou divine ; le principe de l'*intimidation* ; le principe du *contrat social*, avec les deux systèmes qui en sont l'expression ; le principe de l'*utilité du plus grand nombre* ; le principe de la *défense* appartenant à la société de son chef et indépendamment de toute convention ; le principe de la *justice absolue* et enfin le principe de la *justice limitée par l'utilité sociale*.

Je puis être très bref sur le principe de la *vengeance*, si tant est qu'on puisse appeler l'idée de vengeance, qu'elle soit ou ne soit pas individuelle, un principe.

Un seul mot d'abord de la *vengeance individuelle* qui se présente la première dans l'ordre chronologique :

Si l'individu ne peut se faire justice à lui-même, parce que la justice dont il serait l'intermédiaire serait indépendamment de lui, trop personnelle, c'est-à-dire trop partielle, trop passionnée et qu'elle cesserait d'être de la justice, à plus forte raison, ne peut-il exercer une justice individuelle qui ne se présente pas comme une justice, mais qui s'annonce comme une *vengeance*. Il n'y a pas, d'ailleurs, de société véritable avec les luttes brutales, les conflits san-

glants qu'entraîne l'absence d'une médiation supérieure.

La *vengeance* par le pouvoir, au nom et du chef des individus lésés, serait moins désordonnée, sans doute, mais logiquement, elle serait encore excessive et sans mesure. L'idée de *vengeance publique* au nom du pouvoir et dans l'intérêt collectif est déjà meilleure; toutefois, cette idée est encore exclusive de modération et d'équité, puisqu'elle ne fournit aucun moyen de déterminer le point exact, qui ne saurait être dépassé.

Le principe de l'*intimidation*, considéré isolément et en dehors de tout autre principe qui le corrige et le limite, conduit logiquement à l'énormité dans les peines; il permet de sacrifier sciemment l'innocence; il doit la laisser périr sous le coup de préventions mal fondées et d'apparences accusatrices, puisque le supplice de l'innocent aura tous les effets salutaires d'*exemplarité* qu'il en attend.

Le principe qui fait dériver le Droit de punir d'une *convention*, présente cette convention sous deux aspects et sert de base à deux systèmes :

1° Pour les uns, chaque individu, en entrant dans l'association, ou en s'y soumettant par sa résidence sur le sol, qui est le théâtre de son développement (1), s'engage à subir la perte, soit de sa liberté, soit même de sa vie, s'il viole les lois. Ce sacrifice éventuel qu'il

(1) ROUSSEAU, *Contrat social*, liv. IV, chap. II.

consent, c'est le prix de la protection qu'il demande à l'association ;

2° Pour les autres, la société, en punissant, exerce le Droit de défense qui appartenait à chaque individu, dans l'état extra-social, Droit dont elle a obtenu la cession, pour le mettre en mouvement, du chef de chacun et du chef de tous.

Ces deux systèmes ont un vice commun, leur vice originel ; ils font de la société un contrat volontaire, accidentel, exprès ou tacite, formé par les uns, ratifié par les autres, les successeurs, un contrat qui fait cesser un prétendu *état de nature*.

Cette hypothèse est démentie par l'histoire, et d'une manière plus décisive encore, par la nature de l'homme, par la sociabilité. Une fiction est mauvaise par cela seul qu'elle est une fiction. La fiction du contrat social, en dérivant la société, la loi, le pouvoir, de la volonté des individus, détruit ce qu'elle prétend fonder, puisque, si la somme des volontés, des souverainetés individuelles forme la souveraineté générale, il n'y a pas de motif pour que ces souverainetés individuelles s'abîment dans cette souveraineté de leur création et ne reprennent capricieusement l'exercice de leur indépendance. Cette fiction a le tort de chercher la source du Droit en dehors de la société, dans l'homme considéré isolément, abstraction faite des liens providentiels qui l'unissent à ses semblables, comme si l'idée de Droit n'impliquait pas celle de relation : « *Nemo sibi debet, hoc verbum debere non habet nisi inter duos locum.* » (SENÈQUE, de *Benefi-*

ciis, liv. V, chap. viii). (Senèque parle, bien entendu, de devoirs exigibles, c'est-à-dire de *devoirs* auxquels correspondent des *Droits*.) « L'idée de Droit emporte celle de relation » a écrit, dans une concise formule M. Guizot qui, à son insu peut-être, traduisait une pensée déjà si bien exprimée par Senèque (1).

M. Guizot reproche éloquemment à l'école philosophique d'avoir méconnu cette vérité, et, à notre sens, son reproche doit s'appliquer surtout à l'école du contrat social.

La fiction du contrat social n'a pas même le mérite de favoriser la liberté politique ; elle conduit, — suivant que, pour elle, l'abdication des volontés individuelles est ou n'est pas irrévocable, — au despotisme ou à l'anarchie. Ses conséquences sont toutes différentes selon qu'elle a pour interprète Hobbes ou Locke.

La fiction du contrat social aurait, en Droit criminel, le grave inconvénient de désarmer la société vis-à-vis des étrangers qui traverseraient le territoire, seulement comme voyageurs, et qui ne pourraient être considérés comme membres de l'association. Il n'y aurait contre eux aucun Droit de souveraineté ; il n'y aurait que le Droit de guerre.

Chacun de ces deux systèmes a d'ailleurs un vice spécial.

Voyons d'abord le système qui dérive le Droit social de punir, du consentement même de l'agent puni.

(1) M. GUIZOT, *Histoire du Gouvernement représentatif en Europe*, tome II, 18^e leçon).

La concession que l'individu aurait faite à l'association du droit de disposer de sa liberté, de sa vie même, serait-elle valable ? Oui, dit Rousseau, l'individu n'a pas eu pour but de compromettre, d'aliéner les plus précieux de ses biens ; il a voulu leur assurer une garantie plus efficace que celle qui était en son pouvoir. — Soit ; son vœu était de vivre et non de se suicider ; mais le résultat de la convention ne peut-il pas être l'anéantissement, ou la restriction des biens qu'il a voulu sauvegarder ? Eh bien ! de deux choses l'une : — ou l'on admet qu'il y a des principes de morale supérieurs aux conventions, des principes qui les rendent obligatoires, et ces principes défendent d'engager, de jouer sa liberté sous quelque condition que ce soit ; ou bien l'existence de ces principes supérieurs est déniée, et alors rien ne peut lier l'individu à l'exécution de la convention que la force. Mais si la société n'a pour elle et ne peut avoir que la force, à quoi bon parler de convention ? — En un mot, et ce dilemme nous semble invincible, si le droit naturel n'est pas un vain rêve, la condition spéciale est nulle, et si le droit naturel est un rêve, il n'y a pas de droit naturel qui puisse suppléer la force.

Le système qui voit dans le Droit social le Droit de défense individuelle, cédé et transporté à la société, est le système professé par Merlin, qui s'écarte ainsi des idées de Rousseau et de Beccaria, bien qu'il adopte comme eux pour point de départ l'hypothèse du Contrat social.

« Il n'est pas exact de dire que dans la formation

« du Contrat social chaque associé donne à la société
« le droit de le faire mourir. C'est une idée contre
« nature. Chaque associé ne donne à la société que
« le droit qu'il a d'empêcher qu'on ne le prive de la
« vie; et ce droit, comme on l'a déjà dit, emporte
« celui de tuer son ennemi, s'il ne peut la conser-
« ver que par ce moyen. Si la société le fait mourir
« lui-même, ce n'est point par l'effet de la conces-
« sion qu'il lui a faite de son droit; c'est parce
« que les autres associés ont apporté dans la société
« le même droit qu'il avait lui-même, en cédant ce
« droit à la société, ils l'ont mise à portée d'en
« faire usage contre lui lorsqu'il le mériterait (1). »

M. Merlin déclare encore que le Droit de mort est pour la société *le droit de tuer un ennemi qu'elle ne peut conserver sans danger.*

Ce système n'explique pas le Droit de punir qu'il prétend justifier.

En effet, le Droit de défense individuelle n'a d'autre durée, d'autre mesure, que le péril qui naît de l'attaque; il commence avec l'agression et finit avec elle; il ne peut que désarmer l'agresseur, mais il n'autorise pas à lui infliger une expiation.

Le Droit de défense individuelle, d'ailleurs, s'exerce aussi bien et avec la même légitimité contre une force aveugle que contre une force libre, contre un être sans intelligence et sans moralité que contre

(1) MERLIN, *Répert.*, V^o *Pcine*, n^o 7.

un agent responsable parce qu'il est intelligent et moral.

Mais si le Droit de la société n'est que le Droit des individus qui la composent, il aura la même nature et les mêmes limites. Le Droit social se réduira au Droit de résistance contre les malfaiteurs ; il s'étendra peut-être jusqu'à la faculté de les placer dans l'impossibilité de renouveler leurs attaques, mais il ne saurait légitimement aller au-delà ; il sera d'ailleurs applicable aux animaux et aux fous furieux.

Le Droit de punir n'existe pas, ou il est autre chose que cela (1).

J'arrive au système qui fonde le Droit de punir sur l'utilité du plus grand nombre affranchie de toute loi supérieure.

La société, dans ce système, frappe l'agent soit parce qu'il a préféré son intérêt à l'intérêt social, soit parce qu'il n'a pas compris que son intérêt bien entendu s'identifiait avec l'intérêt dont le pouvoir se dit le représentant. Il est puni soit parce qu'il manque de jugement et de prévoyance, soit parce que, en ce qui le concerne au moins, il calcule mieux que le pouvoir.

S'il se trompe, ce n'est que par ignorance ou défaut d'esprit ; que la société l'instruise ou l'éclaire ; et, après tout, à quel titre l'obligerait-on au bonheur ?

(2) Voir, sur la différence du Droit de défense et du Droit de punir, l'art. de M. de Broglie, *du Système pénal et du Système répressif en général*, dans la *Revue française*, n° de Septembre 1828.

S'il a raison contre la société, il subit la violence de la force ; dans aucun cas il n'y a prise à la pénalité (1).

Ce système, c'est la négation du Droit pénal, parce que c'est la négation de tout Droit.

Je ne suis plus séparé de l'école éclectique que par deux systèmes qui s'éclairent l'un par l'autre et par le fait même de leur contraste. Le Droit de punir c'est un Droit que la société puise dans sa propre nature ; la société existe parce qu'elle est une loi de l'humanité et que l'homme, comme on l'a dit, n'a jamais été surpris se développant en dehors d'un état social plus ou moins imparfait. L'homme vit partout en société, remarque Montesquieu, donc il est né pour la société. Eh bien ! la société, fait primitif et universel, a le droit de se défendre pour se conserver. Ce Droit de défense diffère des Droits de défense individuelle, comme la société diffère elle-même des individus qui la composent : or, ce Droit de défense spécial, *sui generis*, qu'elle n'emprunte à personne, s'exerce à l'aide de la pénalité. Le châtiment, voilà l'arme avec laquelle la société combat le mal qui est son ennemi. Le Droit de défense ainsi compris, participe sans doute au caractère de la guerre, mais il en est distinct.

La guerre, c'est un moyen accidentel et transitoire ; il a pour but la paix ou la conquête.

(1) Voir M. Cousin, tome II, 17^e leçon, 1^{re} série, p. 218, et même tome, p. 249, édition de 1847.

L'exercice du Droit de punir, c'est pour le pouvoir la mission permanente et normale ; c'est le principal moyen de maintenir l'ordre. Son application, en effet, détourne du crime et prévient ainsi le retour du mal ; la violation de la loi est châtiée non pour elle-même, mais à raison des effets salutaires que le châtiment peut produire.

Ce système a d'abord un vice de terminologie ; il reconnaît que le Droit qu'il qualifie de *Droit de défense*, n'a rien de commun avec le Droit de défense individuelle, et cependant il emploie une appellation commune ; c'est là une source de confusion qui peut malheureusement ne pas s'arrêter aux mots et qui risque de s'introduire dans les faits.

En second lieu, ce système oublie de justifier l'application de la pénalité à l'agent même qu'elle frappe. Il développe les avantages de cette application, le bien qui en résulte pour la société dans l'avenir : mais l'utilité de la chose n'en établit pas la justice. Il y a plus, le châtiment d'un innocent contre lequel des apparences trompeuses auraient excité l'opinion de la foule, aurait tous les résultats d'intimidation. Est-ce à dire que la société, pour se défendre des dangers à venir, pourrait sacrifier sciemment l'innocence ?

Enfin si ce système se pique de logique, il doit mesurer la pénalité non à la gravité intrinsèque du crime, mais à ses chances de retour ; il ne doit non plus reculer devant aucun excès de rigueur.

Pour me résumer, ce système a le tort de deman-

der la justification du Droit de punir à un élément qui entre bien dans les fondements de ce Droit, mais ne les constitue pas seul. Il juge avec raison que l'intérêt de conservation de la société est un intérêt légitime et il en conclut que tout ce que cet intérêt commande participe à sa légitimité. Je ne blâme pas la conclusion ; je constate seulement qu'en négligeant certains éléments qui jouent un rôle important, dans le Droit de punir, et en mettant en saillie un élément qui appelle des limitations, ce système court risque de s'égarer et d'arriver à des injustices. Il se préoccupe trop de l'effet et ne s'attache pas assez à la légitimité même du moyen qui le produit. Il ne se sépare du système qui fonde le Droit de punir sur l'utilité du plus grand nombre qu'en ce qu'il puise dans le fait de la société un titre et un droit pour poursuivre la réalisation de cette utilité.

L'élément omis dans le système que je viens de discuter est l'élément qui prédomine dans le système qui s'offre maintenant à mon examen.

C'est l'idée de justice ; Kant ne lui fait pas une part, il lui accorde une domination absolue ; il y a, dit-il, une distinction essentielle entre le bien et le mal, entre le juste et l'injuste ; intelligent, l'homme reconnaît cette distinction ; libre et moral, l'homme a conscience qu'il a le pouvoir et le devoir de faire le bien et le juste, d'éviter le mal et l'injuste. Si l'homme a des devoirs, il mérite quand il les accomplit, il démérite quand il les viole et ses actions sont un titre soit à une récompense, soit à

un châtement. Le châtement, c'est une *dette* que la société est chargée de payer, qu'elle y ait ou n'y ait pas intérêt, partout où il y a trouble à l'ordre moral. L'idée d'expiation est inséparable de l'idée de faute, c'est donc justice que quiconque a failli soit puni. La société doit être au service des exigences de la justice.

Kant établit très bien qu'il est juste qu'à un moment ou à un autre le violateur de la loi morale soit rétribué suivant ses œuvres ; mais ce qu'il n'établit pas, à mes yeux, c'est que la société soit chargée et, suivant lui, chargée sans limites et sans réserve, du soin de cette rétribution. D'abord, si le devoir de la société est de punir toutes les violations de la loi morale, son devoir aussi sera de rémunérer tous les actes qui y seront conformes ; or, il est évident tout d'abord que cette rémunération serait au-dessus de ses forces et de ses ressources ; en second lieu, chaque bonne action serait un titre à un salaire immédiatement exigible, en sorte que la vertu du désintéressement devrait être rayée de la liste des vertus humaines.

Réduite à la mission de châtier les violations de la loi morale, la société succomberait encore à la tâche : d'abord elle ne pourrait atteindre les résolutions qui, aux yeux de la loi morale, sont des infractions tout aussi punissables que les volontés réalisées, et même parmi les volontés qui se sont traduites en faits, il en est beaucoup qui lui échapperaient. Mais, au nom de quel droit la société frapperait-elle les actes qui

ne compromettent pas son existence, qui n'entravent pas son développement ? Comment sa mission aurait-elle plus d'étendue que son intérêt ? Serait-ce pour paralyser la liberté humaine ? La société est justement faite pour mettre cette liberté à l'épreuve, pour la protéger dans son exercice, sous la seule condition que la liberté de quelques-uns ne s'imposera pas à la liberté des autres, et qu'ainsi le lien social ne sera pas pour ceux-ci la servitude, pour ceux-là le despotisme.

D'après Kant, le Droit serait la même chose que la morale, et le Droit pénal serait chargé de sanctionner la morale tout entière, sans égard à l'importance ou à la non-importance sociale de ses préceptes. Il faudrait même aller plus loin : le Droit pénal devrait sanctionner la religion que le pouvoir proclamerait vraie ; plus de libertés d'aucun genre, pas même la liberté de conscience ! le bien ou ce qui serait officiellement déclaré tel deviendrait exigible, par contrainte ! même pour nos devoirs envers nous et envers Dieu, nous relèverions du pouvoir social !!!

L'amnistie, la grâce ne seraient plus dans le domaine du pouvoir. Qu'importe que l'intérêt social commandât la remise de la peine, ou même avec l'oubli du crime, l'absence de toutes poursuites propres à en raviver le souvenir ? L'intérêt social s'effacerait devant l'obligation absolue de faire payer la dette de la justice morale.

Non seulement la société a le droit et le devoir

de punir toutes les infractions à la loi morale, si la justice sociale se propose la réalisation de la justice absolue ; mais le coupable lui-même a droit à la peine, il doit avoir qualité pour en provoquer l'application.

Un éloquent philosophe, M. Cousin, dans son cours de 1817 et de 1818, semblait aller jusque-là (1).

« Le mérite est le Droit naturel que nous avons
« d'être récompensés ; le démérite, le Droit naturel
« qu'ont les autres de nous punir, et, si l'on peut
« parler ainsi, le Droit que nous avons d'être punis.
« Cette expression peut sembler paradoxale ; cepen-
« dant elle est vraie. Un criminel qui, ouvrant les
« yeux à la lumière du bien, comprendrait la néces-
« sité de l'expiation, non seulement par le repentir
« intérieur, sans lequel tout le reste est vain, mais
« encore par une souffrance réelle et effective, cor-
« respondante au bonheur réel et effectif que la
« vertu mérite, un tel criminel aurait le droit de
« réclamer la peine qui seule peut le réconcilier avec
« l'ordre. »

L'idée d'expiation morale dont Kant fait le seul fondement du Droit pénal et à l'aide de laquelle il étend si abusivement la portée de ce droit, est-elle, je ne dis pas le seul élément, mais un des éléments de la pénalité sociale ? Si la nécessité d'une expia-

(1) *Des vrais principes de morale*, 20^e leçon, première série, tome II, page 307.

tion morale est une condition de l'application de la pénalité, il faut admettre que Dieu n'exerce jamais sa justice en ce monde ou qu'il s'interdit au moins de l'exercer avant l'intervention de la justice sociale. En effet, le pouvoir qui représente la société n'a aucun moyen de vérifier si l'agent qu'il va punir n'a pas déjà, en dehors de lui et des pénalités de son Code, subi moralement la peine de sa faute, une peine peut-être plus cruelle que celle dont la loi humaine le menace.

En second lieu, le pouvoir social acquit-il la certitude que l'expiation morale a précédé son action, s'arrêterait-il et devrait-il s'arrêter ? Non, et j'essaierai bientôt de dire pourquoi.

C'est pourtant sur la nécessité, d'après la justice morale, d'une expiation morale que l'école éclectique fonde la justice de la pénalité sociale. Seulement, cette école se garde de reconnaître la nécessité d'une pénalité sociale partout où elle constate l'existence d'un fait entraînant la nécessité de l'expiation. Elle n'admet la répression sociale que là où l'intérêt social la commande ; mais elle ne se contente pas de cet intérêt social et elle veut de plus qu'il y ait justice morale et que cette justice morale soit la mesure de la répression.

L'expiation étant une loi de l'ordre moral, sa réalisation par le pouvoir social, comme moyen, n'a rien que de juste, dit cette école ; donc la peine est licite en soi, et le pouvoir, gardien de l'intérêt social, a qualité pour faire emploi de ce moyen, puisqu'il

sauvegarde l'intérêt confié à sa vigilance. Mais ici revient mon objection : si la dette de l'expiation morale est acquittée en dehors du pouvoir social, que devient la pénalité ?

Le système éclectique suppose gratuitement que Dieu a délégué au pouvoir social le droit d'exercer sur la terre et dans la limite de son intérêt terrestre une partie de la justice, sauf imputation dans une autre vie, à la décharge des coupables, de ce qu'ils auraient souffert en ce monde par suite de leurs fautes.

Le système éclectique suppose au profit du pouvoir social plus qu'une délégation ; il suppose une promesse de la part de Dieu de ne pas exercer sa justice en ce monde, ou au moins de ne pas l'exercer avant l'intervention de la justice sociale. Or toutes ces suppositions, supérieures, je le reconnais, à la fiction du contrat social, sont cependant des fictions, et partant elles sont dangereuses ; j'essaierai d'en montrer le péril en les suivant plus tard dans quelques-unes de leurs applications pratiques.

La base et la justice de la pénalité ne sont pas là ; elles sont dans la nature et dans l'essence même de la loi. Une loi sans sanction n'est pas une loi, c'est un conseil ; eh bien ! la loi est légitime, aussi bien dans la partie qui trace la règle, que dans la partie qui l'impose ; toute société implique des rapports, c'est-à-dire une loi ; et toute loi implique un moyen de conquérir l'obéissance. C'est parce que la *loi morale* est une loi,

qu'elle implique l'idée d'un *châtiment moral* pour ceux qui transgressent ses prescriptions ; c'est parce que la *loi sociale* est une loi qu'elle implique un *châtiment social* ; c'est parce que la *loi sociale* est moins étendue que la *loi morale* que la *peine sociale* sanctionne moins de prescriptions ; c'est parce que la *loi sociale* se confond avec la *loi morale* pour une certaine portion de cette loi, que dans une certaine mesure, la *peine sociale* et la *peine morale* se confondent et peuvent peut-être venir à la décharge l'une de l'autre. Mais parce que le pouvoir social participe à l'infirmité humaine, que sa science est bornée comme il est borné lui-même, qu'en un mot, il n'a pas les secrets de la vie à venir, il ne doit se préoccuper que de l'intérêt social et de l'expiation sociale. Si l'expiation sociale doit compter pour quelque chose dans l'expiation due à la loi morale, c'est au suprême représentant de cette loi qu'appartient le soin de faire ce compte, parce que lui seul en possède les éléments.

Ce système n'a pas les vices que j'ai reprochés aux systèmes qui voient dans le Droit de punir un Droit de défense, *sui generis*, appartenant à la société. L'agent puni n'est pas un moyen de sécurité pour l'avenir ; il subit la peine sociale pour lui-même et parce qu'il a violé la loi sociale ; il s'est insurgé contre la règle des rapports sociaux, il a socialement failli ; s'il obtenait l'impunité sociale, quelle qu'eût pu être l'expiation morale qu'il eût subie, au su ou à l'insu de la société, mais en dehors d'elle, la loi

sociale serait convaincue d'impuissance, c'est-à-dire ne serait plus une loi, un lien coercitif.

En un mot, la pénalité est de l'essence de la souveraineté ; la pénalité sociale est socialement aussi juste que la pénalité morale.

L'agent avait la liberté et le devoir de se conformer à la loi sociale ; s'il a commis un mal social en s'écartant de cette loi, il y a démerite social, et partant, prise au châtement. La justice de la peine sociale est surtout dans la justice de la loi.

A notre sens, ce qui prédomine dans la peine, c'est le respect et le salut de la loi ; si la loi est légitime, la peine qui frappe son infracteur est elle-même légitime, à cette seule condition, qu'elle ne dépasse pas le degré de sévérité qu'exigent l'efficacité et l'importance de la loi. Je ne mesure pas l'étendue de la pénalité sur le danger et les chances de retour des crimes que la loi frappe, je la mesure sur le caractère du commandement à sanctionner et sur le besoin d'assurer son autorité ; y eût-il certitude que l'infraction commise ne pourrait se renouveler dans l'avenir, que je ne dirais pas, avec M. Target, que le coupable a droit à l'impunité.

En un mot, la peine doit être conforme à la justice, mais à la justice sociale ; la considération des avantages qui résultent de l'application de la pénalité, comme effet préventif pour l'avenir, ne doit être que secondaire ; elle n'est pas un but, c'est une conséquence heureuse, dont la poursuite d'un autre but amène la réalisation : c'est là une seconde différence

qui sépare le système que je vous propose, du système du Droit de défense, appartenant à la société de son chef.

Aussi, pour moi, le pouvoir social qui édicte les peines et qui les fait appliquer est un supérieur, un juge impartial, et non pas une partie qui, de l'agent qu'elle frappe, fait un instrument pour se défendre, par anticipation, des ennemis à venir.

Je me sépare de l'école éclectique, en ce que je ne fais pas du pouvoir social le mandataire et le délégué de la justice éternelle. Je ne le charge pas, avec M. de Broglie, d'avancer, même dans la limite de l'intérêt social, le règne de Dieu sur la terre.

Pour moi, le pouvoir social, en punissant, ne représente que la société et n'use que de la répression sociale. Pour l'école éclectique, le *maximum* de la pénalité, c'est la mesure d'expiation que pourrait réclamer la loi morale ; mais la société doit reculer en deça de ce maximum, si l'intérêt social n'exige pas ce degré de répression ; je réponds : Comment le pouvoir humain pourrait-il déterminer la mesure d'une expiation dont il ne sait pas même la nature ? Quelle serait d'ailleurs sa base pour la punition des infractions aux dispositions de la loi sociale, qui, sans être contraires à la loi morale, n'ont pas leur type dans cette loi ?

Il semble que, pour être logique, l'école éclectique devrait demander le rétablissement des peines arbitraires ; qu'elle devrait investir le juge du pouvoir discrétionnaire de les élever ou de les abaisser, sans limites aucunes, suivant le degré de mal que l'agent

s'est fait à lui-même en commettant le mal social. Cet appel spécial, pour chaque cas spécial, aux inspirations de la conscience, serait le seul moyen, non pas de deviner les secrets de la justice divine, mais de tenir compte, d'après les règles de l'appréciation humaine, de toutes les épreuves expiatoires qu'aurait pu subir le coupable en dehors de l'action sociale. Le pouvoir de tempérer les peines par l'admission de circonstances atténuantes, devrait être insuffisant aux yeux de cette école.

Dans ma pensée, les peines doivent être édictées d'après la nature des infractions, c'est-à-dire d'après la nature des prescriptions. Seulement, comme le caractère social de ces infractions peut revêtir bien des nuances, suivant l'état intellectuel, le degré de liberté, les causes impulsives de l'agent, en un mot suivant les circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le fait, il faut laisser au juge une certaine latitude pour qu'il puisse faire la part des considérations individuelles, et qu'il ait le pouvoir de faire fléchir ce qu'auraient de trop absolu les appréciations anticipées de la justice sociale.

Le système pour lequel le Droit de punir n'est que le Droit de défense sociale qui mesure, lui, la pénalité, non pas sur la perversité de l'agent, non pas même sur la perversité de l'acte, mais sur le danger de la société, doit logiquement appliquer à toutes les infractions qui ont le même caractère intrinsèque une peine égale ; il doit enchaîner la liberté et la conscience du juge, le déshériter de tout pouvoir discrétion-

tionnaire, remplacer le maximum et le minimum par la même et inflexible mesure de châtiment. C'était ce qu'avait compris et consacré la logique de la Constituante (1).

(1) Voir, pour les développements, mon *Etude sur le Droit de punir*, 1850.



SEPTIÈME LEÇON.

EXPLICATION DES TEXTES DU CODE PÉNAL. — Définitions de l'*Infraction*. — Ses divisions. — Critique de MM. Rossi, Lerminier, Boitard. — Réponse. — Empire de la Loi pénale comme *Loi territoriale*. — Pourquoi la Loi pénale est applicable à l'étranger en France ? — Rejet d'un motif de M. Portalis et de M. Faustin-Hélie. — Rejet d'un motif de M. Mangin. — La Loi pénale n'a-t-elle pas un caractère *personnel* ? — Droit philosophique. — Précédents législatifs et doctrinaux. — Art. 5 et 7 du Code d'instruction criminelle. — Importance de la question de principe. — La Loi pénale française peut-elle atteindre les faits de l'étranger à l'étranger ? — Droit philosophique. — Précédents. — Art. 5 du Code d'instruction criminelle. — Discussion au conseil d'État. — Ses conséquences. — Portée du principe de la *territorialité* de la Loi pénale. — Exceptions à ce principe.

MESSIEURS,

Je vous ai dit que toute loi pénale se composait essentiellement de deux parties, d'une loi de fond et d'une loi de procédure, — que la loi de fond a pour objet de déterminer les faits punissables et les pénalités applicables ; — que la loi de procédure, 1° organise des institutions chargées de découvrir et constater les infractions, d'en rechercher, saisir et convaincre les auteurs, de prononcer et faire exécuter les peines ; — 2° détermine le mode d'action

de ces institutions, les règles auxquelles elles sont tenues d'obéir.

Il est bien évident que des deux parties de la législation pénale, celle qui détermine les faits punissables et les pénalités est la partie qui constitue le Droit, à proprement parler. La loi de procédure n'est que le moyen, l'instrument à l'aide duquel fonctionne la loi de fond.

La partie de la législation pénale constitutive du Droit doit donc être étudiée la première.

Le *Code pénal* de l'Empire avec les diverses modifications qu'il a subies, notamment en vertu de la loi du 28 avril 1832 est, en France, la loi générale qui détermine les faits punissables et les pénalités. Elle est complétée par diverses lois spéciales antérieures et postérieures (art. 484 C. pénal).

Le Code d'instruction criminelle est la loi générale de procédure à l'aide de laquelle le Code pénal est mis en activité.

J'aborde aujourd'hui l'explication des dispositions préliminaires du Code pénal.

Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent *sous peine de châtiment* les lois qui ont pour objet l'ordre social et la tranquillité publique : voilà ce qui constitue l'infraction.

Le Code pénal divise les infractions en trois classes, la 1^{re} classe se compose d'infractions peu graves, qui supposent chez l'agent non pas des intentions coupables, mais de l'imprudence ou de l'insouciance. Ces infractions s'appellent *Contraventions*.

La 2^e classe d'infractions se compose de faits qui supposent chez l'agent des intentions coupables, mais non une perversité endurcie, en sorte qu'il y a présomption que cet agent s'amendera, se corrigera. Ces infractions s'appellent *Délits correctionnels*.

La 3^e classe se compose de faits qui constituent un grand danger social, ou qui révèlent chez l'agent une immoralité si profonde qu'il est difficile d'espérer son retour au bien ou son amendement. Ces infractions s'appellent *Crimes*.

Ce n'est pas là tout-à-fait la définition de l'art. 1^{er} du Code pénal. — Cet article dit : — « L'infraction « que les lois punissent de peine de simple police est « une contravention. »

« L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit; l'infraction que les lois « punissent d'une peine afflictive ou infamante est « un crime. »

On a vivement, amèrement même critiqué cette classification. L'objection dont elle a été l'objet peut se résumer ainsi : est-ce qu'il n'est pas illogique, irrationnel de faire dépendre la nature de l'infraction de la nature de la peine qui y est appliquée ? Est-ce que ce n'est pas, au contraire, la nature de la peine qui doit dépendre de la nature de l'infraction ? Pourquoi faire de la conséquence la cause, et de la cause la conséquence ?

Un célèbre publiciste, M. Rossi, a exprimé sur cette division de notre Code un jugement plus que sévère : « La division des actes punissables en crimes,

« délits et contraventions, division tirée du fait maté-
« riel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule,
« ce nous semble, l'esprit du Code et du législateur.
« C'est dire au public : ne vous embarrassez pas
« d'examiner la nature intrinsèque des actions
« humaines ; regardez le pouvoir : fait-il couper la
« tête à un homme, concluez-en que cet homme
« est un grand scélérat. Il y a là un tel mépris
« de l'espèce humaine, une telle prétention au des-
« potisme en tout, même en morale, qu'on pour-
« rait, sans trop se hasarder, juger de l'esprit du
« Code entier par la lecture de l'art. 1^{er}. » Nous ne
saurions pour notre compte accepter l'appréciation
de l'éloquent écrivain, appréciation que MM. Lermi-
nier (1) et Boitard (2) ont reproduite.

N'est-ce pas au pouvoir social qu'il appartient de
déclarer quelle est la partie de la loi morale qui
doit être convertie en loi positive et sanctionnée par
des pénalités ? n'est-ce pas au pouvoir social, par
cela seul qu'il est le pouvoir, de proportionner les
peines aux infractions ? Oui, incontestablement ;
mais s'il en est ainsi qu'importerait que le pouvoir
eût dit : tels et tels faits, dont voici l'énumération,
sont à mes yeux des crimes, tels et tels faits sont
à mes yeux des délits ; tels et tels faits ne sont que
des contraventions : donc je punirai les premiers
faits de peines afflictives ou infamantes ; donc je

(1) Introduction générale à l'*Histoire du Droit*, chap. xx.

(2) Leçons sur le *Code pénal*, deuxième leçon, n° 16.

punirai les seconds faits de peines correctionnelles ; donc je ne punirai les derniers faits que de peines de simple police ?

En quoi cette méthode, ce système de rédaction offrirait-il à la société plus d'avantages que le système qui s'est borné à dire, les faits que je punis de peines afflictives ou infamantes sont des crimes, etc. ?

Est-ce que ce dernier système ne suppose pas, comme le premier, que le pouvoir a fait des efforts pour apprécier le degré et l'étendue du mal social qu'il veut punir dans chaque fait incriminé ?

Qu'importe qu'il se soit livré à cette appréciation, en s'adressant cette question : tel fait sera-t-il appelé crime, délit ou contravention ; ou en s'adressant cette autre question : tel fait sera-t-il puni de peines afflictives ou infamantes, ou seulement de peines correctionnelles, ou même de simple police ?

Sans doute, si le pouvoir social ne commandait pas, mais enseignait, s'il n'était pas législateur, mais professeur, il eût dû expliquer d'abord à quel caractère intrinsèque il reconnaissait qu'un fait était un crime ou un délit, ou une contravention (1).

Mais le Code pénal n'est pas une dissertation, c'est un commandement, et l'essence du commandement qui a autorité par lui-même, exclut les développements doctrinaux qui ne puissent leur autorité que dans la libre adhésion des raisons individuelles.

(1) *Théorie du Code pénal* de MM. Chauveau et Faustin-Hélie, t. I^{er}, p. 33.

Vous avez remarqué que le mot *infraction* est, dans la terminologie du Code pénal, l'expression générique qui désigne toutes les violations des devoirs sociaux, exigibles à peine de châtement.

Antérieurement au Code pénal, le mot *délit* était l'expression générique qui désignait tous les faits punissables. Ainsi, nous lisons dans le titre I^{er} de la Constitution du 3 septembre 1791 : « La Constitu-
« tion garantit comme droits naturels et civils, »

« 1^o ; 2^o

« 3^o Que les mêmes *délits* seront punis des mêmes
« peines, sans aucune distinction des personnes. »

C'est ce qui résulte encore de l'intitulé de la section IV du titre I^{er} de la 2^e partie du Code pénal, du 25 septembre 1791.

Enfin, le mot *délit* avait la même portée, dans la terminologie adoptée dans le Code pénal, du 3 brumaire an IV.

Voici ce que nous lisons dans l'art. I^{er} de ce Code :
« Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'or-
« donnent les lois qui ont pour objet le maintien
« de l'ordre social et la tranquillité publique, est un
« *délit*. »

Cette définition est incomplète ; elle omet une des conditions indispensables pour qu'il y ait délit ou infraction, à savoir l'existence d'une sanction pénale.

Dans la terminologie du Code impérial le mot *délit* désigne une espèce particulière d'infraction, l'infraction punie de peines correctionnelles. Mais les habitudes

du langage ont une grande puissance et elles triomphent souvent des idées systématiques. Le Code pénal qui nous régit a souvent employé le mot *délit*, non pas avec l'acception spéciale d'*infraction correctionnelle*, mais avec l'acception large de fait punissable ; il l'a appliqué à des crimes proprement dits.

Nous avons examiné ce qu'est une infraction et les diverses espèces d'infractions.

Dans quel lieu et par qui les infractions doivent-elles être commises pour être punissables d'après la loi française ?

En d'autres termes, quelle est l'étendue de la loi pénale, soit sous le rapport du lieu, soit sous le rapport des personnes ?

Notre loi pénale française est-elle une loi *territoriale* ? Est-elle une loi *personnelle* ? N'est-elle pas tout à la fois *territoriale* et *personnelle* ?

La loi pénale est l'expression de la souveraineté qui l'édicte, car il est bien évident que la souveraineté régit et doit régir, sans distinction d'origine et de nationalité, toutes les personnes qui résident sur le territoire soumis à son empire ; elle ne serait plus la souveraineté si, dans son sein, dans le pays qu'elle gouverne et protège, le bon ordre, la sécurité générale pouvaient être impunément troublés, s'il pouvait surgir un acte de rébellion qu'elle fût impuissante à réprimer. Ce n'est que le droit d'être maître chez soi.

Je vous ai dit comment du XIII^e au XVI^e siècle, le principe de la territorialité triompha des obstacles que lui opposa l'organisation de la féodalité, comment il

parvint à supplanter le principe que la loi pénale applicable et la juridiction compétente, étaient, sauf le cas de délit flagrant, la loi et la juridiction du domicile de l'auteur du délit. La loi romaine, comme toujours, eut son rôle dans la lutte et elle contribua puissamment à la victoire : on se fit une arme du fragm. 3, de Paul, au Dig. *de Officio præsidis* : — « *Habet interdum imperium et adversus extra-*
« *neos homines, si quid manu commiserint : nam*
« *et in mandatis principum est, ut curet is, qui*
« *provinciae præest, malis hominibus provinciam*
« *purgare, nec distinguitur unde sint.* »

Le principe de la territorialité prit définitivement place dans l'art. 1^{er}, tit. I^{er}, de l'ordonnance de 1670. — Tous les auteurs qui ont écrit sur l'ordonnance l'ont facilement justifié (1).

L'art. 3 du Code Napoléon a traduit d'une manière concise cette nécessité de raison et de bon sens :
« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux
« qui habitent le territoire. » Or, le Code pénal est la loi de police et de sûreté par excellence ; il saisit donc toutes les personnes françaises ou étrangères, leur résidence ne fût-elle que momentanée, et il doit dominer leurs actions. M. Portalis a justifié ce principe avec un grand bonheur d'expression : « Le pou-

(1) ROUSSEAU DE LA COMBE, *mat. crim.*, partie II, ch. 1^{re}, n^o 34, p. 121. — Il cite un arrêt du Parlement de Paris de 1731.

JOUSSE, *Justice Crim.*, partie II, tit II, n^o 30, p. 422.

NOUVEAU DENISART, v^o *Délit*, § 4, n^o 1^{er}.

« voir souverain ne pourrait remplir la fin pour la-
« quelle il est établi, si des hommes étrangers ou
« nationaux étaient indépendants de ce pouvoir ; il
« ne peut être limité, ni quant aux choses, ni quant
« aux personnes. *Il n'est rien s'il n'est tout* ; la
« qualité d'étranger ne saurait être une exception
« légitime pour celui qui s'en prévaut contre la
« puissance publique qui régit le pays dans lequel
« il réside. *Habiter le territoire c'est se soumettre*
« à la souveraineté. »

Je n'admets pas, toutefois, la nécessité de cette présomption de soumission aux lois du pays que l'étranger traverse ou habite. Cette présomption peut être une fiction ; la souveraineté, par cela seul qu'elle est la souveraineté, s'impose et ne s'offre pas à la libre acceptation de telle ou telle volonté individuelle ; le maintien du pouvoir social suppose, sans doute, l'assentiment de la raison et de la conscience publique. Mais son action, tant qu'il est debout, n'est pas subordonnée à l'adhésion de celui sur lequel elle s'exerce. J'adresserais la même objection à l'une des idées sur lesquelles un brillant et savant criminaliste a fondé le principe de la territorialité : « L'étranger, « *par une sorte de convention tacite*, en venant chercher protection et sûreté à l'ombre des lois, est « devenu le sujet de ces lois et *s'est soumis* aux « conséquences de leur violation ; il appartient à la « justice du pays (1). »

(1) M. Faustin-Hélie, *Instruction Criminelle*, t. II, p. 498.

Pourquoi parler de convention tacite, présumée, là où les conventions sont sans puissance, puisqu'il s'agit de commandements d'ordre public auxquels il est défendu de déroger et qui, partant, ont une autorité indépendante du consentement ? (Art. 6, C. Nap.)

La loi pénale française ne cesserait pas d'être applicable à l'infraction de l'étranger en France, parce qu'elle aurait été commise au préjudice d'un autre étranger. La pénalité n'est pas un moyen de défense, une protection pour les nationaux ; elle est la sanction du commandement de la souveraineté française. Ce commandement astreignait l'étranger sur le territoire ; si l'étranger l'a violé, la sanction est applicable, quelle que soit la qualité de la partie lésée. Il s'agit, non de l'intérêt privé de cette partie, mais de l'intérêt de la loi, du respect qu'il importe de lui assurer.

La loi pénale française serait-elle encore applicable si un étranger commettait, en France, une infraction au préjudice d'un étranger, ne résidant pas en France ? un étranger, par exemple, fait un faux par supposition de personne, au préjudice d'un de ses compatriotes, qui ne nous a pas demandé l'hospitalité, qui habite à l'étranger.

« La *protection* que la loi française accorde aux
« étrangers, dit M. Mangin (1), s'étend même à ceux
« qui n'habitent pas notre territoire ; il suffit que le
« délit qui leur fait préjudice y ait été commis. »

(1) *De l'action publique*, t. I^{er}, n° 60.

M. Mangin cite en faveur de cette solution, que je n'ai garde de contester, deux arrêts de la Cour de cassation des 31 janvier 1822 et 22 juin 1826.

Ce que je conteste, c'est la valeur de son motif juridique. La loi ne réprime pas les infractions dans le but de protéger ou même de consoler les parties lésées ; ce que la loi protège, c'est sa propre puissance ; ce qu'elle protège, c'est la société qu'elle gouverne et qui ne peut vivre sans une loi forte et respectée.

Qu'importe la qualité de la victime ! La loi a été attaquée, elle ne doit se préoccuper que de l'agression et de l'agresseur.

Si la loi pénale a essentiellement un caractère *territorial*, ne peut-elle pas aussi avoir un caractère *personnel* ?

C'est la loi civile française qui règle la capacité civile du Français à l'étranger ; le statut personnel suit le Français partout où il porte ses pas ; c'est ce statut qui détermine en tous lieux les conditions de fond auquel est subordonnée l'aptitude juridique du Français pour contracter, pour tester, pour se marier. Pourquoi ? C'est que si la souveraineté française, en dehors de ses frontières, n'a pas de moyens coercitifs ; si, à l'étranger, elle est paralysée dans son action par les souverainetés étrangères, ses commandements cependant ne sont pas limités, en ce qui concerne les nationaux, au territoire national ; ils s'adressent aux personnes, et du moment où ils sont l'expression d'un intérêt général, ils réclament partout l'obéissance ; voilà ce qui explique l'étendue des lois de capacité,

le caractère absolu du statut personnel (1). Mais est-ce que les lois pénales ne tiennent pas essentiellement au statut personnel ? Comment la loi, qui interdit au Français de voler ou de tuer, serait-elle condamnée à ne pas être aussi absolue que la loi qui lui interdit de faire un testament ou de contracter un mariage en dehors de certaines conditions ? Vainement objecterait-on que la souveraineté française expire sur les limites du territoire : elle ne demande pas à faire acte de puissance hors de France ; elle n'agira sur le Français qu'en France. Autre chose est l'étendue de son empire, autre chose l'étendue de son mode d'action ; la question est de savoir si les prohibitions de la loi pénale française peuvent être rendues obligatoires pour le Français vivant à l'étranger. Il ne s'agit nullement de savoir si la souveraineté française pourra exercer sa justice hors de France, même contre un Français.

De ce que la souveraineté civile de la loi française, sur la capacité du Français à l'étranger, ne peut appliquer ses sanctions qu'en France, a-t-on jamais conclu que cette loi n'existait pas hors de France comme règle des nationaux, et, qu'en dehors de la frontière, elle pouvait être impunément enfreinte ? Pourquoi l'objection qui ne limite pas la souveraineté de la loi civile, limiterait-elle la souveraineté de la loi pénale ?

(1) Voir *Observations de la Faculté de Droit de Caen, sur quelques modifications à apporter au Code d'instruction criminelle*, pages 5 et 6. — 1846.

Voilà ce que dit le Droit. — J'examinerai bientôt ce que dit la loi.

La loi pénale française ne peut atteindre les infractions commises à l'étranger par des étrangers, qu'elles soient ou ne soient pas commises au préjudice de nos nationaux. L'étranger, à l'étranger, ne relève pas, en effet, de la souveraineté française ; il ne lui doit obéissance à aucun titre. Qu'importe que la victime du fait, à l'étranger, soit française ? Si la pénalité était une vengeance, le pouvoir français pourrait venger ses nationaux quand il saisirait, en France, les étrangers auteurs du mal ; il pourrait peut-être infliger, en France, la pénalité à l'étranger pour un fait commis hors de France, si cette pénalité était un moyen de défense ou une arme de guerre. Mais la pénalité n'est que la sanction du commandement de la souveraineté française, et ce commandement n'est pas à l'adresse des étrangers tant qu'ils restent chez eux, tant qu'ils ne viennent pas troubler le bon ordre de la société à laquelle cette souveraineté est chargée de pourvoir.

J'ai essayé de dire ce qu'exige le Droit.

Comment la question de la *personnalité* de la loi pénale a-t-elle été résolue ?

Cette question n'était pas résolue dans le Droit romain (1). A l'époque de sa puissance Rome, maîtresse du monde connu, n'avait pas en vérité besoin

(1) Faustin-Hélie, t. II, p. 564.

que sa loi pénale exerçât son empire en dehors de son territoire ; la loi romaine, comme loi *territoriale*, commandait *urbi et orbi*.

Dans notre ancien Droit, le principe que les lois pénales étaient des lois *personnelles*, suivant les Français à l'étranger et pouvant les atteindre au retour, était un principe généralement reconnu ; c'est ce qu'atteste Jousse (1) qui se prévaut de l'autorité de l'opinion de l'avocat-général Talon lors d'un arrêt du 14 août 1632. La solution de Jousse était consacrée par l'art. 17, *in fine*, de l'édit de septembre 1651, et par l'art. 18 de l'édit d'août 1679 contre les duels.

On donnait de ce principe d'assez bonnes raisons : on disait qu'il importait à l'intérêt général que les sujets d'un même état se conduisissent bien partout et que nos nationaux devaient être punis quand ils avaient violé la loi nationale, en quelque lieu que cette violation se fût produite.

Jousse professait que la peine était applicable, en France, à l'infraction commise hors de France, par un Français, au préjudice même d'un étranger.

Rousseau de la Combe professait la même doctrine (2).

Le Code de 1791 est muet sur la difficulté.

Le Code du 3 brumaire an IV déclare la loi pénale française applicable à l'infraction commise hors

(1) Jousse, t. I^{er}, tit. II, chap. I^{er}, sect. 4, n° 36, p. 424.

(2) *Traité des matières criminelles*, II^e partie, chap. I^{er}, n° 34, p. 421 de l'édit. de 1769.

de France, par un Français, lorsque cette infraction emporte une peine afflictive et infamante.

Notre question a été agitée lors de la discussion du Code d'instruction criminelle. Ce n'était cependant pas une question de procédure ; elle appartenait essentiellement à la discussion de la loi du fond, puisqu'il s'agissait de déterminer l'étendue de l'empire de cette loi, de mesurer la portée de ses commandements. Mais, vous le savez, le Code d'instruction criminelle fut discuté et voté avant le Code pénal et il n'était pas possible d'organiser les conditions de l'action publique en laissant ce problème sans solution. Voilà pourquoi il nous faut chercher le principe que nous étudions dans le Code d'instruction criminelle, où il est véritablement dépaycé. MM. Treilhard et Béranger soutinrent, avec vigueur, le principe de la *non-personnalité*. MM. Target, Berlier et Cambacérès défendirent le principe de la *personnalité*. Ce fut ce dernier principe qui l'emporta, mais il fut singulièrement restreint et limité, il ne fut appliqué que dans trois cas.

Il fut appliqué :

- 1° Aux crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat ;
- 2° Aux crimes de contrefaçon du sceau de l'Etat, des monnaies nationales, des papiers et billets de banque autorisés par la loi.

Dans ces deux cas, la poursuite ne fut pas subordonnée au retour du Français en France ou à son extradition.

- 3° Enfin, le principe de la *personnalité* fut appliqué

aux infractions commises hors de France, par un Français, bien que ces infractions ne s'attaquassent pas directement à la souveraineté française, lorsque cinq conditions concouraient :

1^{re} CONDITION.—L'infraction commise à l'étranger devait constituer un *crime*, c'est-à-dire entraîner une peine *afflictive et infamante*, ou *infamante* seulement ;

2^e CONDITION. — Il fallait que la partie lésée fût *française* ;

3^e CONDITION. — La partie lésée devait porter *plainte*.

4^e CONDITION.—Le Français, auteur de l'infraction, n'était punissable qu'autant qu'il était de *retour* en France, et, bien entendu, il s'agissait d'un *retour* volontaire, parce que le retour volontaire a, en quelque sorte, le caractère d'un défi jeté à la loi française (1).

5^e CONDITION.—L'infraction ne pouvait être poursuivie en France, qu'autant qu'elle n'avait pas été *jugée à l'étranger*.

Il semble que le principe de la *personnalité* de la loi pénale eût été réduit à se rapetisser pour se faire accepter.

De ces cinq conditions, il y en a trois qui nous paraissent ne pouvoir se justifier.

(1) Voir MANGIN, de l'*Act. pub.*, tome I^{er}, n^o 70.
LESELLYER, tome V, n^o 1986.

Pourquoi, d'abord, la loi est-elle subordonnée à la qualité de la victime ? En second lieu, pourquoi la loi pénale est-elle subordonnée à une réclamation individuelle ? En troisième lieu, pourquoi le Français ne peut-il être poursuivi qu'autant qu'il revient en France ?

Est-ce que les prescriptions de la loi pénale française ne sont imposées aux nationaux qu'en faveur des nationaux ? — Si ces prescriptions étaient violées en France au préjudice d'un étranger, est-ce que la pénalité ne serait pas applicable ? — Si les prescriptions de la loi française étaient violées en France, est-ce que la répression serait subordonnée à la volonté de la partie lésée ? — Si les prescriptions de la loi pénale française étaient violées en France par un Français, est-ce que l'application de la pénalité serait subordonnée à la présence du Français, auteur de l'infraction, sur le territoire français ?

Mais si la partie de la loi morale que la société sanctionne, comme condition de son maintien et de son développement, impose une obligation sociale absolue, pourquoi la violation de cette obligation n'entraîne-t-elle pas toujours nécessairement l'application de la sanction pénale ?

Je sais bien qu'on peut objecter que l'autorité judiciaire française n'a pas de pouvoir coactif pour obliger les témoins du pays étranger à venir déposer devant elle, qu'elle n'a pas même la faculté de se transporter sur les lieux du crime, d'y entreprendre des constatations souvent nécessaires à la découverte

de la vérité, et que, sous ce rapport, l'accusation et la défense peuvent être entravées.

Mais d'abord cette objection prouve trop. La loi française ne considère certainement pas que, lorsqu'aux termes des art. 5, 6 et 7. du Code d'instruction criminelle, elle applique des pénalités à des faits commis à l'étranger, les inculpés soient dans l'impuissance de se défendre. Les art. 14 et 15 du Code Nap. qui permettent de réclamer devant les Tribunaux français l'exécution d'obligations contractées à l'étranger, soit par contrat, soit par quasi-contrat, soit par délit, soit par quasi-délit, supposent que des faits passés hors de notre territoire, peuvent être l'objet d'une instruction utile en France.

Je ne demande pas, d'ailleurs, à la loi de rendre la poursuite toujours obligatoire, mais seulement de la rendre facultative. Le dépositaire de l'action répressive jugera, dans sa prudence, s'il importe à l'intérêt social et s'il est d'ailleurs juste, d'après les circonstances, d'appeler la répression (1).

Quant aux quatrième et cinquième conditions, elles sont faciles à justifier : — si le Français a été jugé à l'étranger, — qu'il ait été condamné ou acquitté, — le fait est purgé et il ne saurait, dans aucun cas, autoriser une nouvelle poursuite en France. Le Français se fût-il, par son retour sur le territoire fran-

(1) Voir en ce sens les *Observations de la Faculté de Droit de Caen, sur quelques modifications à apporter au Code d'instruction criminelle*, p. 13.

çais, soustrait à l'exécution de la peine prononcée par la juridiction étrangère, que l'autorité judiciaire française n'aurait pas à intervenir. — La condamnation d'un tribunal étranger exclut une nouvelle condamnation et la souveraineté française n'a pas à prêter main forte à l'œuvre d'une souveraineté étrangère.

En ce qui concerne les délits, on conçoit que ces infractions ne sont pas, en général au moins, assez graves pour que la souveraineté française entreprenne, — quand elles ont été commises à l'étranger, — la tâche d'une instruction difficile et coûteuse. — Une poursuite qui ne peut aboutir qu'à une peine correctionnelle n'est pas imposée, à peine d'atteinte à la sécurité sociale, lorsqu'il s'agit d'un fait qui s'est produit au loin et dont les nationaux ignorent vraisemblablement l'existence.

Le 19 février 1842, M. Martin (du Nord) présenta un projet de loi qui donnait au principe de la *personnalité* de la loi pénale l'extension qu'il avait déjà reçue des législations étrangères. Ce projet fut l'objet d'une savante discussion à la Chambre des pairs. MM. Rossi, de Broglie, Frank-Carré reprirent la thèse de MM. Béranger et Treilhard et soutinrent que la loi pénale était une loi exclusivement *territoriale*. — MM. Portalis, Laplagne-Barris et Mérilhou développèrent les idées de MM. Target, Berlier et Cambacérès. Ils se rallièrent au principe de la *personnalité* et demandèrent que ce principe produisît toutes ses conséquences. — Le principe de la

personnalité triompha. — Mais le projet renfermait d'autres dispositions qui entraînèrent son rejet.

La question de savoir si, en principe, les lois pénales sont des lois *personnelles*, n'est pas cependant sans importance, notamment pour l'interprétation de l'art. 7 du Code d'instruction criminelle : si, en effet, cet art. 7 n'est pas une exception exorbitante ; s'il n'est qu'une restriction du Droit commun, une limitation de la vérité juridique, il doit être interprété largement ; que si, au contraire, il n'est qu'une sorte de violence faite aux principes généraux, il faut s'attacher strictement à ses termes et se garder d'en élargir la portée. — Ainsi, s'agit-il de savoir si le désistement du Français qui a porté plainte contre le Français de retour, paralyse l'action du ministère public et fait obstacle à la poursuite ? il faut, avec M. Mangin (1), adopter l'affirmative, si la criminalité de l'infraction commise à l'étranger est subordonnée à la réclamation de la partie lésée ; il ne faut pas, au contraire, hésiter à proclamer, avec M. Faustin-Hélie (2), l'indépendance de l'action publique, quand elle a été provoquée, si la criminalité n'est pas une criminalité conditionnelle et si la plainte n'a été exigée que comme une mise en demeure, suppléant celle qui résulterait du flagrant-délit, de la clameur publique et de toutes les preuves que laisserait après elle l'infraction commise sur le territoire français.

(1) De l'Action publique, n° 70, p. 13.

(2) Inst. crim. II, p. 623.

S'agit-il de savoir si le crime du Français à l'étranger, au préjudice d'un Français, doit être nécessairement un crime contre la *personne* ou s'il suffit que ce crime atteigne *les biens* du Français, on ne pourra hésiter à adopter la dernière interprétation, du moment où l'on admettra le principe de la *personnalité* de la loi pénale française.

Le principe que la loi pénale française ne saurait atteindre les faits de l'étranger à l'étranger, qu'ils aient ou non été commis au préjudice d'un Français, ne prévalait pas, au moins sans contestation et sans distinction, sous l'empire de notre ancien Droit.—On allait jusqu'à controverser le point de savoir si le fait de l'étranger, commis à l'étranger contre un étranger, pouvait être poursuivi en France, quand l'auteur de la lésion et la partie lésée s'y rencontraient. — Rousseau de la Combe cite sur ce point deux arrêts, l'un du Parlement de Paris, l'autre du Parlement d'Aix, en sens contraire, et il essaie de les concilier (1), L'arrêt du Parlement de Paris, du 14 août 1632 se prononce dans le sens de l'application de la loi pénale française (2); mais la poursuite ne devait pas avoir lieu d'office. Jousse approuve l'arrêt du Parlement de Paris (3). Le *nouveau Dénizart* défend la thèse contraire. Il n'admet l'application de la loi pénale fran-

(1) *Mat. crim.* II^e p., ch. I^{er}, n^o 34, p. 122.

(2) Voir cet arrêt dans les arrêts de BARDEL, tome 2, p. 74, avec les Conclusions très remarquables de l'avocat-général Talon.

(3) Part. II, tit. II, n^{os} 39, 40 et 41, p. 425 et suiv.

çaise, qu'autant que le crime commis à l'étranger par un étranger, au préjudice d'un étranger, a eu des suites en France (1).

Lorsque le fait de l'étranger avait été commis à l'étranger au préjudice d'un Français, le droit de poursuite contre l'étranger saisi en France, était-il reconnu d'une manière absolue? Jousse faisait des distinctions : si l'étranger était venu depuis fixer son domicile en France, il décidait, sans hésitation, que la loi française était applicable ; il adoptait la même solution quand l'étranger était fugitif, n'avait aucun domicile. — C'était, disait-il, un vagabond qui pouvait être poursuivi dans le lieu où il était trouvé. Mais lorsque l'étranger était en France pour ses affaires, qu'il ne s'était pas dérobé à la répression de sa souveraineté, il déclarait la question pleine de difficultés, et sa conclusion n'était pas très nette. Il cite Ayrault pour la négative, — les conclusions de l'avocat-général Talon, lors de l'arrêt de 1632, pour l'affirmative, et c'est vers cette dernière opinion qu'il semble incliner (2); c'est aussi celle de Rousseau de la Combe (3); le *nouveau Denisart*, rejette cette opinion (4).

J'insiste sur les solutions de l'ancien Droit, parce

(1) V° *Délit*, § 4, n° 6.

(2) *Justice crim.*, part. II, tit. II, sect. 4, n° 31, 32, 33, 34.

(3) *Loco citato*.

(4) V° *Délit*, § 4, n° 7.

qu'elles sont de nature à vous faire comprendre toute l'importance qu'il faut attacher aux bases sur lesquelles on asseoit le Droit de punir. — Expression de la vengeance publique et divine, expression même du Droit de défense, la pénalité française ne devait-elle pas frapper l'étranger saisi en France qui avait attenté aux Droits du Français à l'étranger ? Avec l'idée de justice morale, limitée par l'utilité sociale, on pourrait arriver au même résultat. « Le « roi, disait l'avocat-général Talon, a intérêt à ce « que la justice soit rendue à son sujet contre l'étran-
« ger », et la morale ne pourrait qu'y gagner. — Oui ; mais si la pénalité n'était que la *sanction* du commandement, et si le commandement ne s'adressait pas aux étrangers en dehors du territoire français, comment les punir pour avoir violé une loi qui n'était pas leur loi ? — Comment les punir, par exemple, lorsqu'ils venaient, *ex post facto*, fixer leur domicile en France ? Du jour de leur résidence, ils étaient soumis à la souveraineté française ; mais, pour les actes antérieurs qui s'étaient produits sur le sol étranger, comment leur appliquer la loi française sans une véritable rétroactivité ?

L'ancien Droit français admettait unanimement que les attentats directs commis à l'étranger contre l'État français tombaient sous la prise de la pénalité française.

Les Codes pénal et d'instruction de 1791 furent muets sur la question ; mais un décret du 3—7 septembre 1792 mit en lumière les vrais principes. Ce

décret proclame que les « étrangers prévenus de délits commis dans leur patrie n'ont pu être légalement jugés que selon les lois de leur pays et par leurs magistrats ; que les peines ne doivent avoir lieu que là où les crimes ont été commis, et que ce serait tolérer une atteinte à la souveraineté des peuples pour laquelle la France donnera toujours l'exemple du respect, que de retenir sur ses galères des étrangers qui n'ont pas blessé ses lois. »

L'art. 12 du Code du 3 brumaire an IV réservait au pouvoir judiciaire la faculté de punir les étrangers qui auraient altéré ou falsifié, hors du territoire, soit la monnaie nationale, soit les papiers nationaux ayant cours de monnaie, ou qui auraient exposé sciemment, hors du territoire, soit des monnaies nationales contrefaites ou altérées, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie contrefaits ou falsifiés.

Si le Droit de punir est une émanation de la souveraineté, comme le disait le décret du 3 septembre 1792, la souveraineté française ne pouvant adresser ses commandements aux étrangers hors de France, était impuissante à faire infliger, en son nom, des pénalités contre des actes d'agression. C'était un Droit de défense qu'elle avait à exercer ; ce n'était pas un Droit de justice.

L'art. 13 du Code du 3 brumaire an IV déclarait qu'à l'égard des délits de toute autre nature, les étrangers prévenus de les avoir commis hors du territoire ne pourraient être ni punis ni jugés en France, c'est-à-dire que, comme Droit commun, il

adoptait le principe du décret du 3 septembre 1792. Dans l'intérêt du crédit public, il avait fait une exception. Il avait intimé un certain ordre qu'il avait voulu rendre obligatoire pour l'étranger à l'étranger. La disposition finale de l'art. 13 offrait une singulière anomalie ; elle investissait l'autorité judiciaire française du droit de condamner les étrangers à sortir du territoire français et à ne pas y rentrer, et ce, à deux conditions : 1° que les faits commis à l'étranger fussent des atteintes aux personnes ou aux propriétés, emportant peine afflictive ou infamante ; 2° qu'il fût justifié que ces faits étaient l'objet de poursuites dans le pays où ils s'étaient produits. Tous les auteurs et notamment M. Mangin et M. Faustin-Hélie ont critiqué cette disposition. — Pourquoi charger les tribunaux français de l'application d'une mesure de police ? — Le Droit d'expulsion est une mesure de haute administration qu'une loi du 28 vendémiaire an VI a restituée au pouvoir exécutif. Pourquoi d'ailleurs subordonner le Droit d'expulsion à la condition qu'il y aurait des poursuites dans le pays où le crime aurait été commis ?

Le Code d'instruction criminelle, dans son art. 6, réserve le Droit de poursuite en France, contre les étrangers qui se rendraient coupables hors du territoire français de crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat ou de contrefaçon soit du sceau de l'Etat, soit de monnaies nationales ayant cours, soit de papiers nationaux, soit de billets de banque auto-

risés par la loi, et ce, sous la condition que ces étrangers seraient arrêtés en France ou que le gouvernement obtiendrait leur extradition. Il assimile ainsi les étrangers dans ce cas aux Français qui se rendraient coupables des mêmes faits à l'étranger. Cet article veut-il dire seulement que la poursuite contre les étrangers dans ce cas sera facultative ? Mais d'après les termes de l'art. 5, auxquels l'art. 6 se réfère, la poursuite contre les Français auteurs d'attaques directes contre l'existence ou contre le crédit de l'Etat, n'est elle-même que facultative ; or, l'art. 6 dit que la disposition de l'art. 5 relative aux Français, *pourra être étendue aux étrangers*. Il n'est pas possible de croire que le législateur ait écrit qu'il serait *facultatif* d'user contre les étrangers de la *faculté* qui était créée contre les Français.

M. Boitard me paraît avoir bien saisi le sens de cet article. La question de savoir si la poursuite contre les étrangers peut avoir lieu n'est pas une question exclusivement judiciaire. L'extension de l'application de l'art. 5 aux étrangers est subordonnée à l'appréciation du pouvoir exécutif. Le consentement de l'administration, voilà la condition *sine qua non* de la poursuite. C'est là, direz-vous, une anomalie ? — Oui, sans doute ; mais si l'art. 6 n'est pas l'exercice du pouvoir coactif inhérent à toute souveraineté, s'il n'est, dans la réalité, que l'exercice du Droit de défense, Droit de défense régularisé, confié à l'impartialité et à la modération de l'autorité judiciaire,

on comprend que cette mesure dans laquelle domine, après tout, le caractère politique, ne puisse et ne doive être prise qu'avec l'assentiment du pouvoir exécutif.

La discussion de l'art. 6 au conseil d'État atteste bien que cette disposition qui avait des précédents dans l'ancien Droit et aussi dans l'art. 12 de la loi du 3 brumaire an IV, apparaissait comme exorbitante.

M. Treilhard objectait que l'étranger n'est pas tenu hors de France, d'obéir à nos lois; M. Béranger répondait que l'art. 6 n'était que la sanction d'un principe de Droit international. Mais le Droit international n'a pas de sanction applicable par l'autorité judiciaire.— M. Cambacérès semblait faire à M. Treilhard une meilleure réponse: l'étranger ne serait poursuivi qu'autant qu'il serait en France, et sa présence serait une présomption *juris et de jure* qu'il voulait tirer parti de son crime sur notre territoire, qu'il venait pour l'utiliser. Est-ce qu'une pareille présomption n'était pas dans le domaine de la loi? Oui, certainement; mais il fallait alors subordonner l'application de l'art 6, à la condition d'un retour volontaire de l'étranger en France, tandis que cet article peut être appliqué à l'étranger, dont le pouvoir français obtient l'extradition.—Est-ce qu'il y a place à la *présomption* d'intention de réaliser le profit du crime en France, quand l'étranger n'est sous le coup de notre loi que parce qu'il a été livré, sur la revendication que le pouvoir exécutif français en a faite, en le représentant comme justiciable de l'autorité judiciaire française?

Non, il n'est pas possible de faire rentrer l'art. 6 dans le Droit commun, et de le couvrir d'un principe. Il a eu pour le législateur, il doit avoir pour l'interprète, le caractère d'une exception, d'une exception qui avait de puissants motifs, sans doute, et qui a la légitimité d'un intérêt national. Exception, cet article n'est pas susceptible d'interprétation extensive.

L'étranger, dans le cas de l'art. 6, ne pourrait pas être poursuivi, comme le Français le pourrait être, par contumace. La présence de l'étranger en France doit être une présence spontanée. Si elle était la suite d'une manœuvre frauduleuse, d'une ruse, ou d'un accident, comme d'un naufrage, par exemple, il faudrait dire, avec l'arrêté des consuls, du 18 frimaire an VIII, dont la pensée vaut mieux que le langage :
« Qu'il est hors du Droit des nations policées, de
« profiter de l'accident d'un naufrage pour livrer
« même au juste courroux des lois, des malheureux
« échappés aux flots, etc. »

Je vous ai dit que le caractère incontesté de la loi pénale, son caractère exclusif, suivant les uns, son caractère prédominant, suivant les autres, et c'est cette dernière idée que je défends, était le caractère de la *territorialité*.

La loi pénale domine le territoire, mais qu'est-ce que le territoire ?—Le territoire se compose de toutes les contrées soumises à la souveraineté d'un pouvoir social déterminé.—Cette souveraineté peut s'exercer au-delà des frontières, c'est-à-dire au-delà des limites résultant de la nature ou des traités.

Ainsi, 1° la souveraineté du pouvoir social s'exerce sur la mer dite *territoriale*, c'est-à-dire sur la partie de la mer, qui, à raison de la proximité de la terre, participe, en quelque sorte, à sa condition et s'appelle *frontière maritime*. Sans doute, en principe, la mer est insusceptible d'appropriation ; elle appartient à tous les hommes et n'appartient à aucun, parce qu'aucun d'eux ne peut se l'assimiler, la conquérir, la marquer d'une empreinte durable de sa personnalité. — La mer qui se dérobe au Droit de propriété ne subit, par la même raison, aucune souveraineté particulière ; c'est, comme l'a dit M. de Broglie, une sorte de territoire libre, qui ne relève d'aucune puissance. Grotius a cherché le principe de la liberté des mers dans cette circonstance qu'elles n'avaient pas de bornes certaines, de limites déterminées, ce qui n'est pas vrai, au moins de toutes les mers. — M^{me} de Staël, dont je n'oserais me faire une autorité dans cette chaire, si M. Troplong, dont les exemples sont bons à suivre, même de loin, ne l'avait citée, dans son traité de la *Prescription* (1) a signalé, la véritable raison qui a échappé au savant publiciste : — « Si
« les vaisseaux sillonnent un moment les ondes, la
« vague vient aussitôt effacer cette légère marque de
« servitude et la mer reparaît comme elle fut au
« premier jour de la création. »

Cette liberté souffre une exception qui est en parfait accord avec le principe : chaque Etat est réputé souverain de la portion de mer qui le borde, qu'il peut

(1) Tome I^{er}, n° 142.

défendre des côtes, c'est-à-dire d'un rayon déterminé par la plus forte portée du canon.

En dedans de ce rayon, les lois pénales, les lois de police et notamment les lois de douanes sont obligatoires pour tous.

2° La souveraineté d'un Etat s'exerce même en pleine mer sur tout navire qui porte son pavillon. Le navire est, comme on l'a très bien dit, considéré comme une portion détachée du territoire de la nation à laquelle il appartient (1). En pleine mer, cela est vrai, sans distinction entre les bâtiments de guerre et les bâtiments de commerce. — Mais quand les navires ne sont plus en pleine mer, qu'ils sont dans les eaux réputées la propriété d'un Etat étranger, il faut distinguer :

Le navire de guerre qui porte une partie de la puissance publique de son pays est affranchi de toute police étrangère sur son bord. — Son équipage n'est soumis qu'à la loi nationale; sans cela la souveraineté dont il est l'une des personnifications à l'étranger serait soumise à la souveraineté étrangère. — La nation dans les eaux de laquelle est ce bâtiment de guerre peut prendre à son égard des mesures de sûreté et de surveillance; elle peut exercer le Droit de défense; mais elle ne peut exercer le Droit de punir qui suppose une supériorité hiérarchique.

(1) Ordonnance de 1681. Loi du 22 août 1790. — Loi du 1^{er} décembre 1790. — Arrêt du 26 mars 1804. — Décret du 22 juillet 1806. — Décret du 12 novembre 1806. — Décret du 15 août 1851. — Décret du 26 mars 1852.

Quant aux bâtiments de commerce dans les eaux d'une puissance étrangère, ils ne représentent pas la souveraineté de leur pays et partant ils sont soumis aux lois de police et de sûreté du pays dans les eaux duquel ils stationnent.

3° La souveraineté du pouvoir social s'exerce en dehors même du territoire dans tous les lieux occupés militairement en son nom et où flotte son drapeau. Ce principe a été traduit d'une manière précise et vive : « Là où est le drapeau, là est la France. — » Mais comme le fait très bien observer M. Mangin, la loi n'est applicable qu'à l'armée et à ceux que quelque lien y rattache (1).

Je viens de vous indiquer l'extension que subit le principe de la *territorialité* de la loi pénale. — Voici maintenant la restriction.

La restriction est encore la conséquence du même principe, et ce principe il importe d'autant plus de le mettre en lumière qu'il est à mon sens la meilleure explication, le plus solide fondement du Droit de punir. — Les agents diplomatiques accrédités près du pouvoir exécutif français ne sont pas soumis à l'application de la loi pénale française : c'est là un principe de Droit international, c'est-à-dire d'un droit sans

(1) Ordonnance du 25 juillet 1665. — Décret du 22 septembre 1790. — Loi du 28 août 1791. — Décret du 12 mai 1793. — Loi du 4 nivôse an IV. — Loi du 13 brumaire an V. — Loi du 21 brumaire an V. — Loi du 18 vendémiaire an VI. — Décret du 3 mars 1848. — Décret du 6 février 1852. — MANGIN, de l'*Action publique*, n° 64.

sanction, puisque les nations ne reconnaissent pas de supérieur commun. Mais ce principe ne résulte pas seulement des usages et des traditions ; il résulte des nécessités communes à toutes les sociétés et il a été reconnu par la raison de tous les temps et de tous les pays : — «*Sancti habentur legati,*» disait la loi 17 au *Dig. de legationibus*. Les ambassadeurs sont inviolables.

Mais le principe de leur inviolabilité est-il un principe absolu ? — Quelques auteurs ont voulu y apporter des restrictions : ils ont dit que cette inviolabilité devait cesser quand les agents diplomatiques conspiraient contre le gouvernement près duquel ils étaient accrédités ou qu'ils commettraient de ces crimes odieux dont l'impunité serait un scandale ou dont l'éclat appellerait une prompte répression, et cela, parce que dans ces cas les ambassadeurs devraient être réputés violer le mandat qu'ils ont reçu et ne devraient plus être considérés comme les représentants de la puissance étrangère.

J'hésiterais beaucoup à admettre ces restrictions.

La question de savoir si l'ambassadeur étranger a abusé de son mandat à ce point que la puissance qui l'a envoyé ne le considère plus comme son mandataire, ne peut être jugée que par cette puissance ; et tant qu'elle n'est pas jugée contre lui, le mandataire non révoqué a un titre qui le couvre parce qu'il est la souveraineté étrangère et qu'encore une fois, entre deux souverainetés, il peut être question de défense, même de guerre, mais non de l'application de la sanction du Droit de commander qui n'existe pas.

— La théorie que je combats aurait bientôt tous les inconvénients qui ont fait introduire le principe de l'inviolabilité des ambassadeurs. La doctrine que je soutiens ne désarme pas le Gouvernement français : si je lui dénie le Droit de *punir*, je lui reconnais le Droit de *se défendre*. Le Gouvernement pourra prendre tous les moyens nécessaires pour réduire l'ambassadeur à l'impuissance de faire du mal. Il pourra l'expulser ; il pourra même le faire arrêter ; mais il ne pourra le faire juger, c'est-à-dire le soumettre à une juridiction, expression d'une souveraineté dont il ne relève pas. — Un décret du 13 ventôse an II, émané de la Convention, d'un pouvoir qu'on n'a jamais été tenté d'accuser de déférence obséquieuse pour les puissances étrangères, a consacré ce principe. — Ce décret est resté en vigueur (1).

Concluons :

La loi pénale est tout à la fois une loi *territoriale* et *personnelle* parce qu'elle est une conséquence du Droit de souveraineté qui est lui-même *territorial* et *personnel*. — Là où existe le Droit de commander existe le Droit de punir. — Là où le Droit de commander n'existe pas, il ne peut être question que du Droit de défense (2).

(1) Voir MANGIN, n° 80.

(2) BURLAMAQUI, édition COTELLE, tome I^{er}, p. 313, etc.— *Eléments de Droit naturel*, ch. IV, du *Droit pris pour faculté*, etc.

HUITIÈME LEÇON.

EMPIRE DE LA LOI PÉNALE SOUS LE RAPPORT DU TEMPS. — Questions de rétroactivité. — Lois de fond. — Art. 4 du Code pénal. — Questions diverses. — Lois de pure forme. — Lois admettant ou rejetant un certain genre de preuve, ou changeant la majorité nécessaire pour la condamnation. — Lois de compétence — Lois qui transportent la répression de certaines infractions d'une juridiction à une autre juridiction. — Lois qui instituent des juridictions nouvelles et même des juridictions d'exception. — Quelle est l'influence de la Loi nouvelle qui saisit une juridiction de la connaissance d'un certain genre d'infractions sur les infractions déjà déférées à la juridiction ancienne ? — Lois qui introduisent ou suppriment une voie de recours. — Lois de prescription.

MESSIEURS,

J'ai examiné l'étendue de l'empire de la loi pénale sous le rapport du territoire et sous le rapport des personnes.

J'examine aujourd'hui quelle est l'étendue de son empire sous le rapport du temps.

L'art. 2 du Code Napoléon proclame que la loi ne dispose que pour l'avenir et qu'elle n'a pas d'effet

rétroactif. Ce principe est-il applicable aux lois pénales ?

Cette question est complexe :

1° Ce principe est-il applicable aux lois de fond ?

2° Ce principe est-il applicable aux lois de procédure ?

3° Ce principe est-il applicable soit aux lois qui fixent la durée de la prescription de l'action répressive, soit aux lois de prescription relatives à l'exécution de la peine ?

Il y a une question qui domine toutes ces questions. Quel est, dans notre Droit pénal, le caractère du principe de la non-rétroactivité ? Ce principe est-il aujourd'hui un principe *constitutionnel*, c'est-à-dire un principe non seulement liant le juge, mais liant ou ayant au moins titre pour lier le législateur ? N'est-il, au contraire, qu'un principe *législatif*, un principe dont on doit présumer l'admission dans le silence de la loi, mais auquel la loi a le pouvoir de déroger ?

Il y a, sous ce rapport, deux phases dans notre législation depuis 1789.

Dans la Constitution du 3 septembre 1791 (art. 8), dans la Constitution du 24 juin 1793 (art. 14), dans la Constitution du 5 fructidor an III (art. 14), le principe de la non-rétroactivité est un principe *constitutionnel* ; mais dans la Constitution du 22 fructidor an VIII, dans la Charte de 1814, dans la Charte de 1830, dans la Constitution de 1848, le principe de la non-rétroactivité n'est plus un principe *constitutionnel* ; il n'est qu'un principe *législatif* auquel le

législateur n'est plus tenu d'obéir, mais est seulement *réputé* obéir, quand il ne déclare pas le contraire.

Les Constitutions des 14 janvier, 2 et 25 décembre 1852, ont-elles restitué au principe de la non-rétroactivité le caractère que trois de nos Constitutions lui avaient d'abord imprimé. Un auteur, M. Duvergier, a pensé que l'art. 1^{er} de la Constitution du 14 janvier 1852, *confirmant et garantissant les grands principes proclamés en 1789 et qui sont la base du Droit public des Français*, se référerait nécessairement à la déclaration des Droits du 26 août 1789.

Mais l'art. 1^{er} se réfère au Droit public en vigueur et je vous ai dit que le principe de la non-rétroactivité n'était plus qu'un grand principe de raison et de justice présumé écrit dans la loi, mais non au dessus de la loi. Quoi qu'il en soit, il y a des principes qui puisent leur force et leur titre à l'inviolabilité dans la conscience publique.

Ceci dit, je reprends mes trois questions :

PREMIÈRE QUESTION. — Le principe de la non-rétroactivité est-il applicable aux lois pénales de fond?

Cette question doit être subdivisée : 1° les lois qui introduisent des incriminations nouvelles, ou des pénalités plus graves, peuvent-elles rétroagir ?

Au point de vue philosophique, cette question doit être résolue affirmativement ou négativement, suivant que la pénalité sera considérée comme un instrument de défense appartenant à la société, ou seulement

comme la sanction nécessaire d'un commandement du pouvoir social. Si le Droit de punir s'exerce, non pas en vue du passé et comme la répression de la violation d'un commandement, mais en vue de l'avenir, et pour prévenir le retour de faits dangereux à l'ordre social, il ne faut pas hésiter à appliquer la loi nouvelle, quand elle est une meilleure arme défensive.

En effet, la punition des faits, antérieurs à la promulgation de la loi qui les prohibe, est tout aussi propre à servir d'exemple que la punition des faits postérieurs à cette loi ; et, quant à l'aggravation de la pénalité, pourquoi appliquer un châtiment jugé insuffisant quand le pouvoir en a un plus efficace à sa disposition ? Voilà ce que dit la logique.

M. Rauter (1) le reconnaît ; mais la logique recule parfois devant les conséquences d'un principe sans consentir à confesser que le principe est faux.

Que si la peine n'est légitime que comme conséquence du commandement, la conséquence ne peut précéder la cause et les incriminations nouvelles, et les aggravations de pénalité ne peuvent rétroagir. *Moneat lex prius quam feriat.*

Le principe est écrit dans l'art. 4 du Code pénal ; il était déjà écrit dans l'art. 8 de la Constitution du 3 septembre 1791 et dans l'art. 3 du Code du 3 brumaire an IV.

2° La loi nouvelle ne doit-elle pas rétroagir quand

(1) Tome I^{er}, p. 55.

elle ne reproduit pas toutes les incriminations de la loi ancienne, ou qu'elle adoucit la pénalité ?

Quel que soit le caractère de la pénalité, qu'elle soit un instrument de défense ou la sanction d'un commandement, c'est-à-dire la conséquence de la violation d'un ordre ou d'une prohibition, le pouvoir n'a plus le droit de punir, quoique s'étant produit sous la loi ancienne, un fait qu'il ne regarde plus comme un danger social ou d'infliger à ce fait qu'il juge encore punissable, une peine qui lui semble dépasser la mesure de la nécessité. Cela est évident si le principe de la défense est admis ; le Droit de défense ne naît que du péril de l'attaque.

Cela est certain encore dans notre système à nous qui ne voyons dans la peine qu'une sanction, parce que, du moment où la société juge qu'un certain commandement ne doit pas être maintenu, ou n'exige qu'une sanction moins énergique, elle n'a plus de titre, parce qu'elle n'a plus d'intérêt soit à une sanction quelconque, soit à une sanction reconnue excessive.

Mais à quel caractère reconnaître que la loi nouvelle est plus favorable ?

La loi, sous l'empire de laquelle le fait a été commis le punissait, par exemple, d'une peine *afflictive et infamante*, dont le maximum de durée était de 3 ans, et la loi nouvelle le punit d'une peine simplement *correctionnelle*, dont le maximum est de 5 ans et le minimum 2 ans. Laquelle des deux lois est la plus favorable ? L'accusé, sous l'ancienne

loi, ne pouvait être privé de la liberté que pendant 3 ans ; sous la loi nouvelle il peut être privé de sa liberté pendant 5 ans.

Je crois que la gravité de la pénalité s'apprécie d'après son caractère et non d'après sa durée.

Mais *quid*, si la loi nouvelle, sans changer la nature de la pénalité, abaisse le maximum et élève le minimum ?

Sous l'ancienne loi, l'emprisonnement pouvait être de 6 ans et le minimum était de 2 ans. La loi nouvelle dit que le minimum sera de 3 ans et que le maximum ne sera que de 5 ans. Si vous appliquez la loi ancienne l'accusé court la chance de n'être condamné qu'à 2 ans ; mais en revanche il court la chance d'être condamné à 6 ans.

Si vous appliquez la loi nouvelle il est garanti contre la chance de 6 ans, mais il n'a plus la chance de 2 ans.

Plusieurs systèmes se sont produits. Les uns ont dit : La loi nouvelle profitera à l'accusé en ce sens qu'il ne pourra plus être condamné à six ans ; mais elle ne pourra lui préjudicier en ce sens qu'elle ne l'empêchera point de n'être condamné qu'à deux ans.

D'autres ont dit : Il faudra laisser l'option à l'accusé ; mais il ne pourra scinder les deux législations.

M. Le Sellyer a proposé un troisième système. Il faudra calculer, a-t-il dit, si le maximum est plus abaissé que le minimum n'est élevé.

Si le maximum n'est que faiblement abaissé et

le minimum considérablement élevé, la loi nouvelle est défavorable. —Voilà un calcul de proportion difficile.

Un quatrième système enfin dit que du moment où le maximum de la pénalité est abaissé par la loi nouvelle, la peine est adoucie, bien que le minimum soit élevé (1).

Il semble qu'un cinquième système pourrait dire que du moment où le minimum est élevé par la loi nouvelle, cette loi constitue une aggravation.

Cette question est très grave. Toutefois je crois que l'élévation du *minimum* ne blesse pas un droit acquis, puisqu'au moment de l'infraction l'agent n'a pu compter que le juge userait de la faculté d'abaisser la peine jusqu'à sa dernière limite ; que l'élévation du *maximum* pourrait seule être considérée comme l'atteinte à un Droit, à raison de la faculté qu'elle donnerait d'excéder l'ancienne mesure assignée au châtiment.

Quelle est la législation applicable dans l'hypothèse de trois lois pénales successives dont la première, contemporaine du fait, le punit de la peine de mort, dont la seconde le punit de la peine des travaux forcés à temps, et dont la troisième, contemporaine du jugement, le punit des travaux forcés à perpétuité ?

La peine, sanction du commandement violé, c'est la

(1) MM. Chauveau, Hélie, t. I^{er}, p. 44, 2^e édition. — M. Achille Morin, *Répertoire*, v^o *Effet rétroactif*, n^o 7.

peine de mort ; mais la société n'a plus besoin de la peine de mort, elle ne peut donc l'appliquer.

Mais elle a besoin des travaux forcés à perpétuité; pourra-t-elle les appliquer? Non. Il est survenu une loi intermédiaire qui ne punissait le fait que des travaux forcés à temps. Le retard dans le jugement ne saurait préjudicier à l'accusé; il a eu droit à l'adoucissement de la peine (1).

Que si l'affaire était jugée par une décision en dernier ressort, que la loi nouvelle fût favorable ou défavorable, elle serait sans influence (2).

Mais la loi nouvelle peut-elle changer le mode d'exécution de la peine? L'affirmative est évidente quand le mode d'exécution est plus favorable. Mais *quid* si le mode d'exécution est plus rigoureux?

Cette question a été vivement agitée entre les meilleurs jurisconsultes de l'Assemblée législative dans la séance du 21 avril, et dans la séance du 8 juin 1850. Pour la négative on a dit : que le sort du condamné était définitivement, irrévocablement fixé par l'arrêt et par la loi en vigueur au moment de la condamna-

(1) Cass., 9 juillet et 1^{er} octobre 1813.—Rauter, n^o 10.—Chauveau, Hélie, t. I^{er}, p. 41.—Lesellyer, n^o 25.

(2) Article dernier de la loi du 25 septembre 1791.—Le décret des 3 et 7 septembre 1792 n'est qu'une exception ; l'art. 19 de la loi du 25 frimaire an VIII ne statue que pour le cas où la condamnation est susceptible d'un recours.

L'avis du Conseil d'Etat du 7 novembre 1832 n'a rien de contraire.

tion. M. Odilon-Barrot a éloquemment développé cette idée.

M. de Vatimesnil et M. Baroche ont énergiquement soutenu que le mode d'exécution de la peine restait toujours dans le domaine du pouvoir social, et ils ont maintenu que la substitution d'un mode d'exécution à un autre n'était entachée d'aucune espèce de rétroactivité.

Il s'agissait de déterminer le mode d'exécution de la déportation ; il n'y avait pas, avant la révision du Code de l'empire, de lieu de déportation. Le pouvoir exécutif convertissait la déportation en une détention perpétuelle.

Lors de la loi du 28 avril 1832, on décida législativement que, tant qu'il ne serait pas établi de lieu de déportation, le déporté serait détenu dans une forteresse sur le territoire continental du royaume. La loi du 9 septembre 1835 décida que la détention aurait lieu soit dans une forteresse de royaume, soit dans une forteresse en dehors du territoire continental. La loi du 8 juin 1850 fixa un lieu de déportation à Noukahiva.

De là une difficulté : Les condamnés à la déportation, sous les lois anciennes, pouvaient-ils être transportés à Noukahiva ?

L'art. 8 consacre la négative : il dit, en effet, que ce lieu de déportation ne sera applicable qu'aux faits postérieurs à la promulgation de la loi ; à plus

forte raison la loi n'est-elle pas applicable à ceux qui avaient été condamnés avant la loi.

Il a été considéré que c'était une aggravation de peine ; mais cela n'infirme en rien le Droit du pouvoir sur la question d'exécution.

Il a été seulement législativement décidé qu'il ne s'agissait pas de la simple substitution d'un mode d'exécution à un autre mode d'exécution, ou plutôt que cette substitution serait interdite, ce qui, loin de supposer que la règle générale était en ce sens, implique la reconnaissance qu'il était nécessaire de procéder par voie de disposition exceptionnelle.

L'art. 7 proteste d'ailleurs contre l'interprétation qu'on veut déduire de cette loi.

« Dans le cas où les lieux établis pour la déportation viendraient à être changés par la loi, les déportés seraient transférés des anciens lieux de déportation dans les nouveaux. » Donc la loi n'a pas adopté l'opinion de M. Barrot.

Sans doute la déportation dans un pays salubre et la déportation dans un pays insalubre, la déportation dans un pays éloigné et la déportation dans un pays rapproché, ne sont pas absolument la même chose ; mais si l'exécution n'appartenait pas au pouvoir exécutif, il ne pourrait même pas changer le régime intérieur de ses prisons, prescrire ces mesures qui sont essentiellement du domaine de l'administration. Je crois qu'en l'absence de dispositions législatives contraires, par cela seul que le pouvoir ne change pas

le nom et la nature de la peine, le mode nouveau peut être appliqué sans rétroactivité.

Mais, en l'absence de textes législatifs, les condamnés pourraient-ils se pourvoir devant l'autorité judiciaire? MM. de Vatimesnil et Baroche l'ont soutenu, et ils se sont prévalus d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1845 (Sir. 45—1—543), qui juge que tous les incidents contentieux, soulevés sur l'exécution de la peine, sont de la compétence judiciaire. Il s'agissait de savoir si, dans une condamnation de plusieurs mois d'emprisonnement, la durée du mois était de 30 jours.

L'autorité judiciaire serait en effet compétente pour statuer sur le point de savoir si l'innovation métamorphose la nature de la peine et l'aggrave ou si au contraire cette innovation ne change que le mode d'exécution. Dans le silence de la loi, l'innovation ne serait inapplicable, qu'autant que la nature de la peine ne serait plus la même (1).

SECONDE QUESTION. — Le principe de la non-rétroactivité est-il applicable aux lois de procédure pénale? La négative est professée par beaucoup d'auteurs d'une manière absolue; MM. Hélie et Chauveau professent d'une manière également absolue que les lois de procédure ne régissent que les faits postérieurs à leur promulgation.

(1) Voir décrets des 27 mars, 26 avril 1852.

Adopterons-nous l'une ou l'autre de ces théories radicales? Feron-nous, avec M. Rauter, des distinctions (1) ?

Les lois de procédure pénale doivent être subdivisées.

Ces lois se subdivisent :

1° En lois de pure instruction, c'est-à-dire en lois qui ne déterminent que la forme suivant laquelle une preuve d'un certain genre pour ou contre l'accusé ou le prévenu, sera reçue ;

2° En lois d'instruction se liant à la question du fond, parce que, par exemple, elles déterminent non plus dans quelle forme telle ou telle preuve sera reçue, mais bien si telle ou telle preuve pourra être produite, ou bien quelle sera la majorité nécessaire pour la condamnation ;

3° En lois d'attribution et de compétence entre des juridictions préexistantes ;

4° En lois organisatrices de juridictions nouvelles.

Toutes ces lois sans distinction sont-elles soumises ou dérobées au principe de la non-rétroactivité ? Et d'abord *quid* des lois de pure instruction ?

Les lois de pure instruction saisissent les faits antérieurs à leur promulgation ; ces lois ne sont évidemment que des instruments pour arriver à la découverte de la vérité, à la découverte de l'innocence ou à la découverte de la culpabilité.

Or, les lois nouvelles, par cela seul qu'elles sont

(1) N° 8.

nouvelles, sont réputées plus propres à atteindre ce but que les lois qu'elles remplacent, puisque le législateur les a préférées. Donc les lois nouvelles, doivent être appliquées aux faits antérieurs non jugés.

Les lois nouvelles s'appliquent même aux faits antérieurs qui ont été l'objet d'un commencement de procédure, pourvu qu'il n'y ait pas eu encore de jugement définitif. Seulement ce qui a été fait d'après les règles anciennes subsiste et conserve toute la force que lui attribuait la loi abrogée (1). Il n'y a que la continuation de la procédure qui s'opère conformément à la loi nouvelle.

Mais *quid* des lois d'instruction se liant à la question du fond ?

La loi ancienne, par exemple, ne permettait pas, pour un certain crime, la preuve testimoniale ou elle exigeait la majorité des deux tiers ; la loi nouvelle adoucit la preuve testimoniale, elle n'exige plus que la majorité de la moitié plus un.

Pour soutenir que le principe de la non-rétroactivité est applicable à ces lois, on dit que les prévenus ne peuvent pas être rétroactivement privés des garanties sur lesquelles ils ont dû compter. C'est là l'objection de M. Rauter. Cette théorie nous paraît erronée.

De deux choses l'une : ou les accusés sont innocents, ou ils sont coupables. Sont-ils innocents ? la

(1) Voir arrêté du 5 fructidor an IX.

loi nouvelle doit être présumée offrir à l'innocence toutes les garanties dont elle peut avoir besoin pour triompher ; car, sans cette présomption, la loi nouvelle serait illégitime à l'égard même des faits postérieurs à sa promulgation.

Les accusés sont-ils coupables ? on ne conçoit guère que la culpabilité puisse avoir un droit acquis contre la société à une loi vicieuse qui lui permettrait d'échapper à la répression (1).

Quid des lois d'attribution et de compétence entre des juridictions préexistantes ?

Une loi ancienne déférait les procès de presse au jury ; elle les défère aux tribunaux correctionnels ; appliquera-t-on la loi nouvelle aux faits antérieurs ? On dit que si la loi rétroagit, il y a évidemment aggravation du sort du prévenu ; ses chances d'acquiescement sont moins grandes.

Réponse. Ou l'inculpé est innocent ou il est coupable : innocent, la loi est absolument mauvaise si son innocence ne triomphe pas. Coupable, il n'a pas de droit acquis contre la société (2).

On a tenté une distinction pourtant et on a dit : ou la loi nouvelle enlève la compétence à une juridiction de Droit commun pour l'attribuer à une autre juridiction de Droit commun, ou, au contraire, elle

(1) Cassation, 13 novembre 1835. Sirey, 35-1-910.

(2) Cassation, 10 mai 1822. Sirey, 22-1-286. — Cassation, 16 avril 1834. Sirey, 34-1-304. — *Sic*, Décret du 22 janvier 1852, art. 25.

l'enlève à une juridiction de Droit commun pour l'attribuer à une juridiction d'exception, par exemple, pour l'attribuer à un conseil de guerre ou à une commission militaire; dans le premier cas, la loi nouvelle rétroagit; dans le second cas, elle ne rétroagit pas.

Je n'admets pas cette distinction. Encore une fois si la loi nouvelle est viciieuse, le vice ne sera pas un vice de rétroactivité; ce sera un vice beaucoup plus absolu; si elle a eu pour but, non la justice et la vérité, mais la condamnation, elle viole non le principe de la rétroactivité, mais le principe d'une bonne organisation judiciaire.

Mais au moins les lois nouvelles d'attribution entre des juridictions préexistantes, saisissent-elles les faits antérieurs à leur promulgation, lorsque ces faits ont déjà été déférés à la juridiction anciennement compétente? Non, dans le silence de la loi, et cela en vertu du principe de la loi 30 au Digeste *De judiciis: ubi acceptum est semel judicium ibi et finem accipere debet*.

Je ne crois pas, avec M. Dupin, que ce principe veuille uniquement dire que les moyens de récusation et les moyens d'incompétence doivent être opposés *in limine litis*. Il y a, en effet, des moyens d'incompétence qui peuvent être opposés en tout état de cause; ce sont les moyens fondés sur des considérations d'ordre public. Toutefois la loi peut, par une disposition expresse, dessaisir une juridiction d'affaires *pendantes* pour en saisir une autre juridiction.

Que décider pour les lois organisatrices des juridictions nouvelles ?

Le principe de la non-rétroactivité ne leur est pas applicable.

Cependant, si les faits ont été valablement déférés à la juridiction ancienne et que cette juridiction n'ait pas été supprimée, ils resteront soumis à la juridiction qui en a été saisie ; mais la loi nouvelle peut saisir les juridictions nouvelles même des procédures commencées (1).

On oppose un décret du 21 thermidor an II ; la réponse est que devant le tribunal révolutionnaire on n'appliquait qu'une seule peine, la peine de mort. La question de compétence emportait donc la question de la pénalité.

Les lois qui ne substituent pas une juridiction à une autre, mais suppriment ou introduisent des voies de recours en matière pénale, sont-elles applicables aux faits antérieurs à leur promulgation ? Oui, incontestablement. Il s'agit de lois d'ordre public, dont le caractère, la nature propre est de saisir les faits non consommés.

Mais seraient-elles applicables aux faits déjà jugés ? Le jugement, d'après la loi ancienne, était rendu en

(1) En ce sens, art. 30 de la loi du 18 pluviôse an IX ; art. 4 de la loi du 19 pluviôse an XIII ; art. 19 de la loi du 20 décembre 1845.

Cassation, 12 octobre 1848, Sirey, 48-1-641. — Arrêt de la haute cour de justice, du 8 mars 1849, Sirey, 49-2-225. — Arrêt de la cour de cassation, du 13 mars 1850, Sirey, 50-1-226.

dernier ressort et il acquittait le prévenu ; survient une loi nouvelle qui autorise l'appel ; il est bien évident que le jugement est un droit acquis qu'une législation postérieure ne peut briser. Où s'arrêterait-on, d'ailleurs, dans le système contraire ? Il n'y aurait jamais de chose jugée, puisqu'on aurait toujours à craindre l'introduction d'une voie de recours ?

Ce que je dis du jugement favorable au prévenu, faut-il le dire du jugement qui le condamne ? Le prévenu condamné peut-il profiter de la législation nouvelle qui ouvre un recours, pour remettre en question sa condamnation ? Le principe que les lois pénales rétroagissent quand elles sont favorables peut-il être invoqué ? Non, la loi qui adoucissait la peine depuis que la condamnation aurait acquis un caractère définitif, ne modifierait pas cette condamnation ; par la même raison, la loi qui crée des recours, les crée pour des faits à juger et non pour des faits déjà définitivement jugés (1).

Ce que j'ai dit de la loi nouvelle qui introduit une voie de recours, je le dis de la loi nouvelle qui en supprime une. Le prévenu acquitté sous l'ancienne loi, par un jugement attaquant, ne saurait soutenir que la loi nouvelle rend le jugement définitif ; le prévenu condamné sous la loi ancienne conserve, sous la loi nouvelle, son droit de recours.

(1) Merlin, *Répert.*, v^o *Effet rétroactif*, nos 4, 5 et 6 ; et v^o *Pays réunis*, § 4. *Questions* v^o, *Cassation*, § 2. — Carré, *Lois sur la procédure*, n^o 1647.

La loi nouvelle n'est-elle pas applicable au moins aux faits qui ne sont pas encore jugés, mais qui sont déferés aux juges ? Pour la négative, il semble qu'on puisse dire que les jugements ne créent pas le droit, qu'ils le déclarent, que leur effet remonte au jour où la poursuite a été intentée : qu'ils doivent être réputés rendus le jour même où la juridiction compétente a été saisie et que par suite ils doivent être régis, quant au mode de recours, par la loi en vigueur, au moment où la procédure a commencé. On pourrait argumenter en ce sens de l'art. 12 de la loi du 11 avril 1838 et de l'art. 1^{er}, dernier alinéa de la loi du 3 mars 1840, qui, en matière civile et commerciale, n'ont appliqué les règles nouvelles sur le ressort qu'aux procès qui n'étaient pas encore intentés.

Je crois que la loi nouvelle qui supprime ou introduit une voie de recours, est applicable aux poursuites commencées sous l'ancienne loi, tant que l'instruction n'a pas abouti à un jugement définitif ; il n'y a de Droit acquis ni pour, ni contre la société. Le pouvoir garde le Droit d'anéantir une garantie qu'il juge surabondante ou d'en créer une qu'il juge nécessaire.

Les lois du 11 avril 1838 et du 3 mars 1840, contiennent, sous ce rapport, des dispositions exceptionnelles, des dispositions de pure convenance, des dispositions qui n'y ont même trouvé place que parce que le Droit commun eût entraîné une solution contraire ; elles ne prouvent pas plus contre notre prin-

cipe que l'art. 1041 du Code de procédure civile, qui ne rend ce Code applicable qu'aux procès intentés depuis le 1^{er} janvier 1807, n'a infirmé le principe que, sans rétroactivité aucune, les lois d'instruction sont obligatoires du jour de leur promulgation non seulement pour les procès qui viennent à prendre naissance, mais encore pour les procès déjà commencés (1).

TROISIÈME QUESTION. — Le principe de la non-rétroactivité est-il applicable aux lois de prescription en matière pénale ?

Il existe en matière pénale deux espèces de prescription : l'une qui affranchit de la poursuite, c'est-à-dire de la vérification de la culpabilité, l'autre qui libère de l'exécution d'une condamnation prononcée. Ces deux prescriptions reposent-elles toutes deux sur le même principe ?

Examinons :

La prescription qui affranchit des poursuites repose sur la considération que les preuves de l'accusation dépérissent au bout d'un certain laps de temps ; que les moyens de défense s'évanouissent et que la société ne peut pas s'exposer à frapper un innocent. A cette considération s'en joint une autre : la pénalité a pour

(1) Voir, dans le *Moniteur* du 24 février 1838, la discussion qui s'est engagée, le 23 février, à la Chambre des Députés, et dans laquelle MM. Dufaure et Dupin ont mis en lumière sur ce point les véritables principes, au moins pour les matières civiles.

but d'assurer le respect de la loi en établissant qu'elle ne peut pas être impunément violée. — Mais lorsque la violation de la loi remonte à une époque reculée, — quand son souvenir n'a pas été ravivé par des poursuites, elle finit par être oubliée ; — alors l'application de la sanction n'a plus le caractère de nécessité qui la légitime.

La première de ces considérations est bien évidemment étrangère à la prescription de la condamnation : l'agent a été condamné ; la société n'a plus à craindre quelque fatale méprise ; il semble qu'elle a le Droit et le devoir de faire, à toute époque, exécuter la condamnation.

Pourquoi donc la prescription qui dérobe à cette exécution ? — C'est, dit la théorie en crédit, parce qu'après un certain temps le condamné a subi non pas en nature, mais par équivalent, la mesure d'expiation que la morale était en droit d'exiger de lui ; les inquiétudes, les tourments *d'une vie incertaine et précaire*, les tortures morales, voilà l'équivalent de la pénalité. L'école qui fonde le Droit de punir sur la justice morale limitée par l'utilité sociale, n'éprouve aucun embarras pour justifier cette prescription : *Non bis in idem*. Il ne serait plus moralement juste d'infliger une expiation déjà subie, et le pouvoir n'a le Droit de pourvoir à l'intérêt social que dans l'intérêt de la justice morale. — Cette considération, dit cette théorie, est commune aux deux prescriptions (1).

(1) Voir M. Faustin-Hélie. *Inst. crim.* tome III. p. 675.

J'insiste sur cette explication parce que je ne l'admets pas, que je présente une explication différente, et que la diversité de ces explications entraînera la diversité des solutions sur la question de rétroactivité que j'ai à étudier.

Si la peine est une sanction, quel est le but de l'exécution de la peine ? C'est de bien établir que la sanction n'est pas seulement écrite dans la loi, qu'elle s'applique, qu'elle n'est pas une fiction, mais une réalité.

Or, quand un grand nombre d'années a passé sur la condamnation, est-ce que le laps du temps ne produit pas sur elle ce qu'il produit sur l'infraction même non jugée ? Est-ce qu'il n'efface pas la mémoire du jugement comme il effaçait la mémoire du fait ? Est-ce qu'il n'amortit point, est-ce qu'il ne finit pas par détruire l'intérêt de la société à l'exécution de la peine ?

Sans doute le souvenir de l'infraction condamnée vivra plus longtemps que le souvenir de l'infraction non jugée. Aussi la prescription qui abritera contre la peine sera bien plus longue que la prescription qui abritera contre la poursuite.

Je me borne en ce moment à ces indications. Je développerai tout cela quand je m'occuperai de la prescription. Je discuterai au point de vue juridique et rationnel les vieux et les nouveaux systèmes.

Tout à l'heure je me borne à ce qui est indispensable pour la solution que nous cherchons.

Un texte précis résout la question de rétroactivité

de la loi de prescription en matière civile. C'est l'art. 2281, C. Nap. : « Les prescriptions commencées à
« l'époque de la publication du présent titre seront
« réglées conformément aux lois anciennes ; néan-
« moins, les prescriptions alors commencées et pour
« lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes
« lois, plus de 30 ans, à compter de la même époque,
« seront accomplies par ce laps de 30 ans. »

Cet article comprend deux dispositions bien distinctes : la première proclame le principe que la prescription commencée avant la promulgation de la loi ancienne, est régie par la loi ancienne.—La seconde restreint ce principe et déclare que si sur le temps déterminé par la loi ancienne, il reste encore plus de 30 ans à courir sous la loi nouvelle, 30 ans écoulés sous l'empire de la loi nouvelle suffiront pour le complément de la prescription.

Il faut bien déterminer l'étendue de cette restriction et pour cela je prends deux hypothèses.—Je suppose que la prescription de la loi ancienne fût de 40 ans et qu'il se fût déjà écoulé 5 ans avant la promulgation du Code Nap.; aux termes du dernier § de l'art. 2281, le prescrivait n'aurait que 30 ans à attendre pour avoir prescrit.

Mais si le prescrivait comptait 15 ans de possession sous la loi ancienne, en sorte qu'il ne lui restât plus que 25 ans à attendre, suivant cette loi, 15 ans de possession sous le Code Nap. ne lui suffiraient pas.—Il faudrait qu'il complétât les 40 ans par 25 ans de possession sous le Code.

Il est bien évident que le principe qui domine l'art. 2281 est que *la loi en vigueur au moment où la prescription commence est la seule d'après laquelle on doit déterminer toutes les conditions nécessaires pour prescrire*. — Et ce qui le prouve, c'est que la loi nouvelle n'est appliquée, en matière civile que pour la prescription de 30 ans et à la condition encore que les 30 ans s'accomplissent depuis la promulgation de la loi nouvelle.

Ce principe a été l'objet d'assez vives critiques. — On a dit qu'il serait bien plus équitable d'appliquer ici la rétroactivité, parce qu'une prescription inachevée n'est qu'une simple attente, une espérance qui, à la veille même de sa réalisation, peut être brisée, anéantie par un acte interruptif.

Je crois que ceux qui ont fait ces critiques n'ont envisagé qu'une des faces de la question; il est bien vrai que le prescrivante, tant qu'il n'est pas arrivé au dernier jour de la prescription, n'a pas de droit acquis, qu'il n'a qu'une expectative; mais il y a un autre intérêt qu'on doit considérer, c'est l'intérêt contre lequel on prescrit. Si la loi nouvelle change toutes les conditions de la prescription, quelle sera la position de celui auquel la prescription sera opposée? La loi ancienne exigeait 40 ans. La loi nouvelle n'en demande que 10. Si la loi nouvelle était applicable et que 10 ans eussent couru sous l'ancienne loi, tout serait fini; ce serait une surprise. Celui contre lequel on prescrivait croyait encore avoir 30 ans devant lui. Il rassemblait ses preuves : il

préparait la lutte et le succès, et voilà que sa prudence serait la mort du Droit qu'il voulait protéger !

Tout ce que l'on pourrait dire en faveur de la rétroactivité, c'est que la loi nouvelle aurait le pouvoir d'allonger le temps nécessaire pour la prescription, et non celui de l'abrégé, parce que si elle l'abrégéait, elle s'exposerait à ruiner des droits qui, selon la loi ancienne, pouvaient compter sur un long temps pour se faire jour.

Eh bien, l'art. 2281 est-il applicable aux matières pénales ?

Non.—Cet article n'est applicable qu'aux matières civiles dans l'acception la plus large du terme, c'est-à-dire aux matières civiles et commerciales et à la procédure. C'est ce que révèle l'art. 2264 du Code Nap.—Ce qui est certain, c'est qu'il ne régit pas, au moins directement, les matières pénales.

Comment donc sont réglées les prescriptions commencées lors de la promulgation d'une loi qui change les conditions auxquelles ces prescriptions étaient subordonnées ?

Quatre systèmes sont en présence :

PREMIER SYSTÈME.—Si l'art. 2281 n'est pas directement applicable aux matières pénales, il doit au moins être appliqué par analogie.—Il faut en effet tenir compte non seulement de l'intérêt du prescrivante, mais de l'intérêt contre lequel on prescrit, et ici le prescrivante a en face l'intérêt de la partie lésée et, ce qui est bien plus grave, l'intérêt social.

Si la loi ancienne exigeait 30 ans pour la prescription de la poursuite et que la loi nouvelle n'en exigeât que dix, le ministère public pourrait voir soudainement son action paralysée. S'il n'avait pas agi pendant 10 ans, c'est qu'il voulait agir avec certitude.—Que si la loi nouvelle augmentait le temps nécessaire pour prescrire, on ne pourrait l'appliquer au prévenu ou au condamné ; car ce serait aggraver sa situation.

DEUXIÈME SYSTÈME.—Il ne faut appliquer exclusivement ni la loi ancienne ni la loi nouvelle, mais bien les deux lois cumulativement, en faisant compte au prescrivait du temps écoulé sous l'ancienne loi, proportionnellement à la durée de la prescription sous cette loi et en imputant le temps écoulé sous la loi nouvelle, proportionnellement à la durée de la prescription sous la loi nouvelle.

Ainsi, la prescription ancienne était de 40 ans. La prescription nouvelle est de 10 ans.—20 ans se sont écoulés sous l'empire de la loi ancienne, 5 ans suffiront sous l'empire de la loi nouvelle. M. Merlin a professé ce système (1).

TROISIÈME SYSTÈME.—Il ne faut appliquer ni exclusivement la loi ancienne, ni exclusivement la loi

(1) Arrêts de cassation, 25 février 1808.—29 avril 1808.—18 août 1808, rapportés par Merlin. Répert., *vo* Prescription, sect. I, § 3, n° 12.

nouvelle, ni cumulativement la loi ancienne et la loi nouvelle ; mais soit la loi nouvelle soit la loi ancienne, suivant que l'une ou l'autre est plus favorable au condamné.

On ne comprendrait pas que la société appliquât la loi ancienne, la prescription de 40 ans par exemple, quand elle reconnaît que, pour les faits nouveaux, après 10 ans elle ne peut pas poursuivre en sécurité.

Pourquoi pourrait-elle poursuivre le fait ancien pendant 40 ans ?

Que, si c'est la loi nouvelle qui augmente la durée de la prescription, il faut appliquer la loi ancienne car on aggraverait, après coup, la position du prévenu ou du condamné.

La prescription de la poursuite et surtout celle de la peine reposant sur l'idée que l'expiation a été subie par équivalent, on doit appliquer à la loi de la prescription, le principe qui régit la pénalité elle-même.—Or, entre deux lois établissant des peines différentes, on applique la loi la plus douce (1).

QUATRIÈME SYSTÈME. — Ce système, c'est le nôtre, applique aux matières pénales, toujours et sans dis-

(1) *Sic*, Cassation, 18 juin 1812. — 5 septembre 1812. — 22 avril et 6 mai 1813. — 21 août 1817. — Merlin, *eod loc.* à la note. — Legraverend, tome I^{er}, p. 82. — Rauter, n^o 852. — Mangin, n^o 295. — Dalloz, v^o *Prescription*, ch. II, sect. 4. — Lesellyer, , tome VI, n^o 2408. — Achille Morin, *Répertoire*, v^o *Effet rétroactif*, n^o 16.*

inction, la loi nouvelle, soit qu'elle abrège, soit qu'elle allonge la durée de la prescription.

La prescription de la poursuite et la prescription de la condamnation reposent principalement sur le défaut d'intérêt de la société à l'application de la sanction pénale, quand un laps de temps déterminé s'est écoulé, soit depuis l'infraction, soit depuis le dernier acte de poursuite, soit même depuis le jugement. Aucune de ces deux prescriptions n'a été établie dans l'intérêt de l'infraction ou de l'infracteur. La prescription de la poursuite suppose même que l'existence de l'infraction ou au moins le lien qui unit à elle l'infracteur, ne sont plus susceptibles d'une constatation certaine.—Dans l'incertitude et dans le doute, la société s'abstient : l'agent profite de ce scrupule social ; mais le but n'a jamais été de l'affranchir d'une pénalité méritée.

Quant à la prescription de la condamnation, ce n'est pas dans une intention de faveur pour le condamné et en quelque sorte de bienfait ou de pardon que la société édicte la prescription.

Elle ne fait remise de la peine que parce qu'elle a conscience qu'elle n'a plus de titre pour la faire exécuter, quand la condamnation ne vit plus dans le souvenir public, quand l'intérêt de l'autorité de la loi ne réclame plus le sacrifice, soit de la liberté, soit de la vie du coupable.

La société peut même considérer, dans une certaine mesure, qu'elle a intérêt à ne pas raviver la mémoire d'une infraction qui a échappé si longtemps au

châtiment. L'exécution de la peine ne serait-elle pas un témoignage de l'impuissance plutôt que de la puissance de la loi ?—Cela étant, si la loi nouvelle abrège la prescription, pourquoi la société conserverait-elle plus longtemps le Droit de poursuivre les faits ou de faire exécuter les condamnations qui ont précédé la loi nouvelle, que les faits ou les condamnations qui la suivent ?

Le quatrième système, sous ce rapport, est d'accord avec le troisième. Mais il applique la prescription la plus courte,—non pas parce qu'elle est la plus courte,—mais parce qu'elle est la dernière expression de l'opinion de la société sur son intérêt véritable.

Si la loi nouvelle allonge la prescription, c'est que la société considère qu'elle a désormais des moyens d'instruction assez sûrs pour constater la culpabilité, malgré le laps de temps qui, sous la loi ancienne, affranchissait de la poursuite.

Si la société considère que l'inexécution de la condamnation pendant le délai fixé par la loi ancienne est insuffisante pour faire oublier et le crime et le jugement, cette opinion sera réputée vraie, non seulement pour les faits postérieurs, mais pour les faits antérieurs, et partant elle devra faire la règle, sans s'attacher à la date des infractions ou des condamnations, du moment où l'on admettra que la prescription n'est pas une générosité pour l'infracteur, mais une conséquence, soit de l'intérêt, soit au moins de l'absence d'intérêt social.

Vainement objecterait-on le *droit acquis* à l'agent contre la poursuite ou contre l'exécution de la condamnation.

De *Droit acquis*, il ne saurait y en avoir, tant que la prescription n'est pas accomplie, et, c'est avant son accomplissement, que la loi édicte des conditions nouvelles.

Vainement encore objecterait-on que, dans ce système, le ministère public peut être désarmé, par une loi nouvelle, de son droit d'action, au moment où il devrait compter qu'il avait encore un long temps pour l'exercer. En effet, cette objection ne peut s'adresser qu'à la loi qui abrège la prescription.—Elle n'est pas faite dans l'intérêt du prescrivante, mais dans l'intérêt contre lequel on prescrit. Eh bien, cette objection s'applique au troisième système comme au quatrième, puisque le troisième système s'attache à celle des deux prescriptions qui est la plus favorable au prévenu ou au condamné.—Or, l'objection n'a pas arrêté la Cour de cassation ; elle n'a pas arrêté M. Merlin.—C'est que l'intérêt social ne varie pas avec la date des infractions ou des condamnations, que cette date soit antérieure ou postérieure à la loi nouvelle.

Je comprends très bien que les théories qui voient dans la prescription une protection pour le prévenu ou pour le condamné, qui ne se préoccupent que de l'intérêt individuel, optent pour celle des deux lois qui fait à l'infraction et à l'infacteur la meilleure situation.

Le principe qui régit la prescription en matière pénale est donc, suivant nous, absolument contraire au principe suivi dans l'art. 2281 pour les matières civiles. — De ce conflit de principes peut naître une difficulté pour la prescription de l'action civile naissant de l'infraction. Elle naît dans le système qui professe que l'action civile, même devant la juridiction civile, ne survit pas à la prescription de l'action publique.

Il est bien évident que si la durée de la prescription ne changeait que par suite de la transformation du caractère de l'infraction, en vertu d'une loi nouvelle, parce que, par exemple, ce qui n'était qu'un délit serait devenu un crime, la position du prévenu ou du condamné ne serait pas aggravée (Cassation, 25 novembre 1830, Sir.31—1—392).



NOTE POUR LA PAGE 176.

Ce principe que la loi nouvelle rétroagit quand elle profite aux accusés, est écrit dans le Code pénal du 25 septembre 1791, II^e part., tit. III, art. 4, § 2 et 3 ;

Dans la loi du 25 frimaire an VIII, art. 18 et 19 ;

Dans un avis du Conseil d'Etat du 29 prairial an VIII ;

Dans un Décret du 23 juillet 1810, art. 6 ;

Enfin il a été consacré par de nombreux arrêts.



NEUVIÈME LEÇON.

DE L'INFRACTION.—Pensée de l'infraction.—Consommation de l'infraction.
—Degrés intermédiaires. — Droit philosophique. — Art. 2 et 3 du Code pénal.—Précédents historiques.

Confusion entre le crime *tenté* et le crime *manqué*.—Objection : cinq questions : 1° la résolution criminelle manifestée par des actes extérieurs, mais inoffensive dès son principe, soit par l'impuissance intrinsèque du moyen, soit par l'impossibilité du but, est-elle punissable comme la *tentative* ou comme le crime consommé *subjectivé*, qui n'a manqué son effet que par une circonstance extrinsèque, indépendante de la volonté de l'agent et autre que l'inefficacité absolue du moyen ou le défaut d'objet?—Hypothèses diverses de M. Rossi et de M. Rauter. — 2° Peut-on *a priori* et en pur droit, différencier les *actes simplement préparatoires* et les actes qui constituent le *commencement d'exécution* auquel la loi subordonne la criminalité de la *tentative*? Hypothèses diverses de MM. Rossi, Rauter, Faustin-Hélie et Chauveau.—Discussion. — 3° La *tentative* cesse-t-elle d'être punissable quand l'agent la suspend, dans la crainte d'être surpris, ou sous la crainte d'une dénonciation?—4° A quels caractères est subordonnée la *tentative*, quand, par exception, elle est punissable en matière de délits?—5° La loi pénale ne punit-elle pas quelquefois, par exception, les *actes préparatoires*?

MESSIEURS,

Vous savez quelle est l'étendue de l'empire de la loi pénale sous le rapport du *lieu*, sous le rapport des *personnes*, sous le rapport du *temps*.

La pénalité est la sanction du commandement violé.

Dans quels cas le commandement sera-t-il réputé violé ?

Quelles sont les conditions intrinsèques de l'infraction ?

Pour que le commandement soit réputé enfreint, faut-il que le fait qu'il avait pour but d'empêcher soit réalisé et que le préjudice qu'il voulait prévenir soit accompli, ou suffit-il qu'il y ait constatation de la pensée de violer la loi ?

Entre la pensée de violer la loi et l'accomplissement du but final de l'agent, il y a une grande distance et bien des degrés intermédiaires.

Je constate d'abord le point de départ, les degrés intermédiaires et le point d'arrivée.

- 1° Pensée de violer la loi ;
- 2° Résolution arrêtée de violer la loi ;
- 3° Acte préparatoire de la violation de la loi ;
- 4° Commencement d'exécution de la violation de la loi suspendu par la volonté de l'agent ;
- 5° Commencement d'exécution de la violation de la loi, paralysé par une circonstance fortuite, par un événement étranger à la volonté de l'agent ;
- 6° Violation de la loi, mais sans que le préjudice que cette loi avait pour but de prévenir soit réalisé ;
- 7° Violation de la loi et réalisation du préjudice que cette loi avait pour objet de prévenir.

1° La pensée de violer la loi est à l'abri de la représ-

sion du pouvoir social : *Cogitationis poenam nemo patitur*, a dit Ulpien (1).

Est-ce, comme on l'a trop dit (2), parce que le pouvoir social est impuissant à constater l'existence de la pensée tant qu'elle est réduite à l'état de pensée? Non, ce n'est pas parce que la pensée échappe le plus souvent à l'œil humain qu'elle n'est pas socialement punissable.

Si ce système généralement professé était vrai, lorsque la pensée de l'infraction serait susceptible de constatation parce que, par exemple, elle aurait été écrite dans des notes qui auraient été saisies sur l'agent, elle pourrait donc être passible d'une pénalité.

La pensée est impunissable par d'autres raisons : 1° parce qu'elle n'est pas toujours imputable à l'agent, que la pensée qui traverse l'esprit peut bien sans doute être combattue ; mais qu'il n'est pas toujours loisible de la fuir ou de l'expulser ; 2° parce que la pensée qui reste à état de pensée, fût-elle consentie et caressée, ne trouble pas assez profondément la société pour réclamer une expiation sociale.

2° La volonté, la résolution de violer la loi quand elle s'est trahie et révélée, a déjà quelque chose qui légitimerait plus l'exercice du pouvoir répressif : d'une part la résolution implique l'exercice de la

(1) Loi 18 *Digest de poenis*.

(2) Boitard, n° 44. — Rauter, n° 97. — Chauveau et Faustin-Hélie, chap. x, page 375.

liberté de l'agent, et d'autre part la résolution a une fermeté, une consistance qui sont de nature à préjudicier à la société par l'alarme qu'elles lui causent. Toutefois, et sauf des cas exceptionnels, le pouvoir social ne punit pas la résolution de violer la loi, alors même qu'il en tient les preuves dans ses mains. On n'applique pas la maxime de Loysel : *La volonté est réputée pour le fait*. Mais ce n'est pas, comme le dit l'annotateur, parce qu'il n'est pas possible de convaincre un homme d'une mauvaise volonté et qu'alors il serait difficile de l'en punir.

La volonté, sans s'être encore traduite par un acte qui soit un commencement d'exécution ou qui soit seulement un acte préparatoire, peut demeurer légalement certaine. Elle se dérobe à la répression parce qu'elle ne cause pas un préjudice assez grave à la société.

3° L'acte préparatoire de la violation de la loi est l'acheminement vers l'infraction, mais n'est pas l'infraction elle-même ni même un commencement d'exécution de l'infraction. Il consiste, par exemple, dans l'achat ou la fabrication de fausses clés, pour s'introduire dans une maison et y commettre un vol ; dans l'achat d'armes pour commettre un meurtre ; dans l'achat de substances vénéneuses pour commettre un empoisonnement.

On a dit que les faits, les actes préparatoires, échappaient à la pénalité, parce que, considérés en eux-mêmes, ils ne pouvaient pas causer de préjudice à la société et que la connaissance de leur but ne pouvait

être que le résultat d'une induction ou d'une conjecture qui ne pouvait suffire pour légitimer l'application de la pénalité. Je ne crois pas que ce soit là la raison vraie et capitale de l'affranchissement de la pénalité pour les faits préparatoires ; je suppose qu'il y ait preuve décisive, avouée par exemple de la part de l'agent, que les fausses clés aient été achetées pour commettre un vol ; que le poignard ait été aiguisé pour commettre un assassinat ; que l'arsenic ait été pris pour commettre un empoisonnement ; ces faits seraient-ils punissables ? Ces faits pourraient être punis sans doute par la loi sociale, sans qu'elle dépassât la mesure de sa puissance ; pourquoi donc ces faits en général ne sont-ils pas punis ? Ce n'est pas par défaillance du Droit social ; c'est par un motif d'intérêt, par une raison d'avantage ; on a pensé que l'agent, qui n'était encore qu'à la préparation de l'infraction, devait être encouragé, par l'espérance de l'impunité, à se désister de son projet criminel, et que, si minime que fût la peine de l'acte préparatoire, elle serait toujours séparée par une moins grande distance de la peine du crime, que la distance qui sépare le crime du projet.

4° Le commencement de la violation de la loi c'est la *tentative*.

L'auteur de ce commencement d'exécution peut, lui aussi, s'arrêter, mais il est déjà entré dans la voie du mal ; l'auteur de l'acte préparatoire n'avait, lui, qu'à ne pas commencer.

L'auteur de la tentative a quelque chose de plus

à faire, il faut qu'il cesse. La présomption du repentir est donc pour lui, moins admissible et doit être moins facilement présumée ; sa volonté criminelle a déjà eu une persévérance et une ténacité telles que la société a tout lieu de croire qu'il ne reculera pas devant l'achèvement de son œuvre ; il faut donc un acte de l'agent qui prouve l'abandon de sa résolution.

Voilà ce que la raison indique ; mais si l'agent a abandonné volontairement sa résolution et que le préjudice ne soit pas causé, il doit être dans la même position que l'auteur de l'acte simplement préparatoire.

5° Que si le commencement d'exécution n'a été suspendu que par un événement indépendant de la volonté de son auteur, une pénalité est encourue. Nous allons bientôt voir quelle sera la mesure de cette pénalité.

6° Le fait n'est pas resté à l'état de tentative ; tous les actes qui étaient nécessaires pour l'accomplir et le consommer, en tant qu'ils dépendaient de l'agent, ont été accomplis et consommés ; mais le résultat final n'a pas été atteint ; l'agent voulait empoisonner un homme dont il était le présomptif héritier ; il a empoisonné les aliments qu'il lui a servis ; les aliments ont été pris, mais le parent averti par ses souffrances, prend à temps un antidote et se sauve ; il n'y avait plus de place au repentir dans l'intérêt de la société, puisque le fait matériel avait atteint sa perfection ; il y a lieu à l'application de la pénalité.

7^o La loi a été violée et le but final a été atteint : il y a incontestablement lieu à l'application de la pénalité. On a beaucoup discuté sur le point de savoir si la tentative du crime qui n'avait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de son auteur, si le crime *manqué* et le crime qui a atteint son but devaient être punis d'une peine identique. Pour résoudre cette question, il semble qu'il faut bien se pénétrer d'abord de l'idée que la peine est complètement étrangère à l'intérêt individuel lésé, et que, par conséquent, sa mesure ne doit pas être la mesure de la lésion individuelle. Si la mesure de la lésion individuelle était la mesure de la peine, la tentative de l'infraction et l'infraction manquée devraient être punies de peines beaucoup moindres que l'infraction qui a atteint son but. La peine n'est pas même la réparation d'un préjudice social ; car, à vrai dire, je ne vois pas comment la perte que la société éprouve par le meurtre d'un de ses membres, est réparée, parce que le meurtrier monte sur l'échafaud ; la peine, encore une fois, n'est que la sanction de la loi. Eh bien, la loi étant aussi bien violée par le crime manqué que par l'infraction qui a atteint son but final, il y a lieu à application de la même sanction. Mais la loi n'est pas autant violée par une tentative que par le fait consommé ; sans doute le repentir de celui qui ne s'est pas volontairement désisté, n'est pas présumable ; mais enfin, il n'est pas absolument impossible. Il faut que la loi tienne compte à l'agent de cette possibilité.

Voilà les solutions auxquelles, ce semble, on arrive en se plaçant au point de vue du Droit. Il faut voir ce que dit la loi :

Notre Code pénal ne punit point la pensée de l'infraction ; il ne punit pas, en général, la résolution et même l'acte préparatoire de l'infraction ; il ne punit, en général, la tentative, qu'en matière de crimes et qu'autant qu'elle a été manifestée par *un commencement d'exécution*, et qu'elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ; il punit la tentative punissable comme le crime même (art. 2, Code pénal) ; il ne punit la tentative de délits que par exception, à plus forte raison n'atteint-il pas la tentative de contravention : les tentatives de contravention ne tombent sous la répression qu'autant qu'elles ont été l'objet, comme faits *sui generis*, d'incriminations distinctes.

Voici, sous ce rapport, quels ont été les précédents :

En Droit romain, l'on pourrait croire, au premier aspect, que, d'après la règle générale, la tentative était punie comme l'infraction consommée ; plusieurs textes semblent favorables à cette opinion. La loi 7 au Code *ad legem Corneliam de sicariis*, semble punir l'acte préparatoire ; mais n'était-ce pas là une exception ? La loi première, au *Digeste ad legem Corneliam de sicariis* semble aussi punir l'acte préparatoire et au moins la tentative. La loi 5, § 2, au Code *ad legem juliam majestatis*, et la loi 5, au Code de

episcopis et clericis, fortifient la même solution ; toutefois, ces textes n'étaient-ils pas des textes exceptionnels ? La loi 16, § 8, *ff*, l'établit à mes yeux et la loi 1^{re}, § 2, *ff de extraordin. crim.*, fournit le même argument.

Dans notre ancien Droit il n'y avait que les tentatives de crimes atroces qui fussent punies comme le crime même. C'étaient les tentatives de crimes de lèse-majesté, de parricide, d'assassinat et d'empoisonnement (1).

Le Code pénal du 25 septembre 1791 ne punissait que les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement. Il faut lire les art. 13, 15 et 16, titre II.

La loi du 22 prairial an IV étendit cette règle à tous les crimes.

Le Code de l'Empire reproduisit le principe de la loi du 22 prairial an IV.

Des idées bien diverses s'étaient fait jour dans la discussion. MM. de Fermon et Béranger pensaient que la tentative devait être punie d'une peine moindre que le crime ; M. Treilhard, au contraire, pensa que la peine devait être pour la tentative, la même que pour le crime, avec cette restriction toutefois, que quand une peine aurait un maximum et un minimum, la tentative devrait toujours être punie du minimum.

L'opinion de M. Treilhard fut adoptée, mais sans la modification, sans le tempérament qu'il proposait

(1) Ordonnance de Blois, art. 195. — Ordonnance de 1670, tit. XVI, art. 4.

lui-même; l'art. 2 punit la tentative du crime comme le crime, pourvu, bien entendu, que l'agent ne se soit pas arrêté de son propre mouvement, et l'art. 3 déclare qu'en Droit commun les tentatives de délits sont affranchies de pénalités.

La question de savoir si la tentative de crime devait être assimilée au crime consommé, et être atteinte de la même peine, se reproduisit lors de la réforme de 1832. On proposa une peine moindre, pour le cas où le désistement de l'agent n'était pas devenu impossible, lorsqu'il y avait place encore pour un sentiment salulaire de crainte ou de repentir.— La proposition fut rejetée sous le prétexte que le juge pourrait toujours, par l'admission des circonstances atténuantes, différencier les deux positions.

Les art. 2 et 3 du Code de l'Empire furent maintenus : on se borna à supprimer quelques mots qui parurent une explication surabondante de ce qui constituait la tentative.

L'art. 2 du Code pénal confond deux hypothèses bien distinctes, l'hypothèse dans laquelle il reste encore quelque chose à faire à l'agent pour commettre le crime, où il lui serait facultatif de *suspendre* l'exécution *commencée*, et l'hypothèse où l'agent n'est plus maître de s'arrêter, parce que son œuvre, en tant qu'elle dépend de lui, est achevée, qu'il n'y a plus en suspens que le résultat, que l'efficacité ou la non-efficacité de son action, parce qu'en un mot, pour employer la terminologie de M. Rossi, le crime est consommé par l'agent *subjectivé*.

Notre Code confond le crime *tenté* et le crime *manqué*.— Du moment où l'agent n'a pas accompli le but final, que son œuvre ait été interrompue ou qu'elle ait reçu son complément, l'art. 2 voit là une *tentative*, c'est-à-dire qu'il ne s'attache pas au degré de la violation de la loi, mais à l'existence ou à la non-existence du résultat pour déclarer le crime consommé ou non consommé : il n'y a pas de consommation pour lui, tant que le crime n'est pas parfait *objectivé* ; on peut s'étonner que cette confusion ait survécu à une réforme opérée sous l'influence d'une école qui fonde la pénalité sur la justice morale limitée par l'utilité sociale ; l'acte *tenté* ne suppose pas nécessairement chez l'agent une immoralité aussi profonde, aussi persévérante que l'acte accompli *subjectivé* ; il y a, entre le crime *tenté* et le crime *manqué* plus qu'une différence morale ; il y a une différence sociale qui devait entraîner une différence dans la pénalité.

Entre le crime *manqué* et le crime consommé *objectivé*, il n'y a pas de différence morale et il n'y a pas non plus de différence sous le rapport de la violation du commandement. L'identité de la sanction est donc imposée par la logique et la justice sociale.

Sur les art. 2 et 3 du Code pénal je veux examiner cinq questions :

1° La résolution criminelle manifestée par des actes extérieurs, mais inoffensive dès son principe, soit par l'impuissance intrinsèque du moyen, soit par

l'impossibilité du but, est-elle punissable comme la tentative ou comme le crime consommé *subjectivé* qui n'a manqué son effet que par une circonstance extrinsèque, indépendante de la volonté de l'agent et autre que l'inefficacité du moyen ou du défaut d'objet?

2° Peut-on, à *priori* et en *pur* Droit, différencier les actes simplement *préparatoires* et les actes qui constituent le *commencement d'exécution* auquel la loi subordonne la criminalité de la *tentative*?

3° Pour savoir si la *tentative* du crime n'est pas punissable à raison de l'interruption volontaire de l'agent, faut-il se demander à quelle inspiration cette interruption est due ?

4° Quand la loi pénale punit, par exception, la *tentative* de délit, cette *tentative* n'est-elle punissable, comme la *tentative* de crime, qu'autant qu'il y a *commencement d'exécution* non interrompue par la volonté de l'agent ?

5° La loi pénale ne punit-elle pas quelquefois par exception, des actes purement *préparatoires* ?

PREMIÈRE QUESTION. — Un homme veut commettre un meurtre ; il s'arme d'un poignard, il frappe ; mais c'est la nuit, il est sans lumière ; il ne frappe qu'un cadavre ; celui qu'il voulait tuer était, à son insu, mort d'apoplexie foudroyante ; y a-t-il tentative d'assassinat ? Il n'y a pas *commencement d'exécution* d'un assassinat impossible.

La volonté criminelle existe ; mais le résultat final ne pouvait pas être obtenu. — Sans doute si le

résultat eût été réalisable, sa non-réalisation n'eût pas affranchi l'agent de la pénalité. — Mais, pourquoi ? Parce que la société aurait couru la chance d'un préjudice, parce qu'il y aurait un commencement d'infraction qui légitimerait l'application de la loi pénale. Mais comme on ne peut pas plus commencer à tuer, que tuer un mort, il n'y a pas prise à la pénalité.

Je dirais la même chose de celui qui, ignorant l'ouverture de la succession de son parent collatéral, dont il est l'unique héritier, s'introduirait dans une maison devenue la sienne et s'emparerait, avec effraction, en croyant les voler, des deniers qui lui appartiennent. — On ne peut se voler soi-même ; — il n'y a pas de tentative de vol quand le vol est impossible.

Je suppose que l'infraction soit possible ; que l'agent n'emploie qu'un moyen en désaccord avec le but.

L'agent s'est trompé lui-même sur la portée du moyen, ou bien il a été trompé, et, au lieu du moyen efficace dont il croyait user, il ne faisait, en réalité, usage que d'un instrument inoffensif.

L'agent qui a arrêté le projet de commettre un meurtre, décharge son arme, par exemple, à une distance telle que celui qu'il veut atteindre ne court aucune espèce de danger ; ou bien l'agent achète de l'arsenic ; on lui livre, par erreur, une substance non vénéneuse ; croyant administrer de l'arsenic, il administre cette substance qui n'a et ne peut avoir aucun effet nuisible.

Dans le premier cas la *tentative* n'a pas d'effet par

une circonstance à la vérité personnelle à l'agent, parce qu'il a tiré de trop loin, mais par une circonstance qui, dans son intention, ne devait pas l'empêcher d'atteindre le but final. — Il ne s'est pas désisté de sa coupable résolution.

Dans le second cas, la *tentative* n'a manqué son effet que par une circonstance ignorée de l'agent, par une circonstance qui n'est pas même le résultat de son fait.

M. Rauter écarte, dans ces deux cas, l'application de la loi pénale, et ses deux solutions sont conformes à la théorie de M. Rossi que M. Lesellyer a aussi suivie (1).

Pour que la société ait le droit de punir, dit M. Rossi, il faut qu'elle puisse, de la criminalité des faits, conclure la criminalité de l'intention. Or, ici les faits n'étant pas susceptibles de causer préjudice, il faudrait suivre le procédé contraire et de la criminalité de l'intention, conclure la criminalité des faits ; ce serait alors se jeter dans tous les dangers attachés à la punition de la pensée ou de la volonté.

Il faut bien évidemment écarter cet argument. Il n'est pas vrai que la constatation de la criminalité de la volonté arrêtée, ne puisse être demandée qu'au

(1) *Traité de Droit pénal*, t. II, chap. xxx, p. 340. *Traité de Droit criminel*, t. I^{er}, n^o 401. Lesellyer, t. I^{er}, n^o 48. L'article 301 du Code pénal définit *l'empoisonnement* : tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort, etc.

fait sous lequel elle s'est produite. C'est la volonté qui a présidé au fait qui doit le caractériser, et, par conséquent, ce n'est pas nécessairement et exclusivement le fait matériel qu'il faut apprécier pour juger cette volonté ; mais l'agent a-t-il commencé à violer la loi ? C'est là la vraie question.

Qu'est-ce que la loi a défendu ? L'empoisonnement et le meurtre, et, partant, les actes qui pouvaient aboutir à l'empoisonnement et au meurtre. Elle n'a pu défendre, sous les peines de l'empoisonnement et du meurtre, des actes qui ne pouvaient, dans aucune hypothèse, aboutir à l'empoisonnement ou au meurtre, puisqu'elle n'a pas puni la volonté d'empoisonner ou d'assassiner. La loi a défendu les actes dangereux et non les mauvaises mais impuissantes résolutions.

Si la loi punissait, comme le dit Muyart de Vouglous, *l'effort pour commettre le crime*, il faudrait rejeter les solutions de M. Rossi, de M. Rauter, de M. Lescllyer. La résolution criminelle a pu, en effet, se manifester par des actes extérieurs, si expressifs, que le but dont l'agent se proposait l'accomplissement ait le caractère de l'évidence.—Mais si la loi s'est moins préoccupée de l'immoralité de l'agent que du danger social, là où il n'y a eu, malgré la perversité de l'intention, aucun péril, elle peut, elle doit peut-être s'abstenir de frapper.

Pour frapper logiquement, malgré l'impossibilité du but, ou malgré l'impuissance du moyen employé pour atteindre le but, il faudrait que la société pro-

clamât que les résolutions criminelles, formées, arrêtées, sont une cause suffisante d'alarme, de trouble, pour légitimer son action ; ce principe, une fois proclamé, qu'importerait que le moyen ne fût pas en rapport avec le but, ou que le but ne fût pas réalisable ?

Dans l'état actuel de législation je ne comprendrais pas comment on punirait comme bigame l'époux, qui, pendant l'existence d'un premier mariage, aurait contracté un second mariage, mais avec l'époux qu'il croyait abandonner ; j'emprunte l'exemple à M. Rauter, sans me charger, bien entendu, d'établir sa vraisemblance ; je l'adopte parce qu'il met le point de la difficulté dans tout son jour.

Quant à ce point, ma théorie est, vous le savez, celle des partisans du système de la justice morale, limitée par l'utilité sociale. Je dois d'autant moins hésiter à la suivre, que, pour moi, la peine n'est pas une expiation morale, mais la sanction d'un commandement, et, encore une fois, notre loi n'a pas défendu, en thèse générale au moins, les mauvaises résolutions, mais bien les actes qui pouvaient nuire.

Toutefois, remarquez-le, pour écarter la pénalité, il faut que l'impuissance du moyen ou l'impossibilité du but soient absolues ; une extrême difficulté, une invraisemblance d'accomplissement n'affranchiraient pas l'agent de la responsabilité pénale ; ainsi il est hors de doute que si l'agent qui voulait commettre un meurtre manque son coup, parce qu'une force étrangère détourne sa main, parce qu'il est maladroit ou troublé,

parce que sa balle rencontre un obstacle imprévu, il y a dans le sens de la loi *tentative* qui n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, et la pénalité est applicable. C'est que dans ce cas la société a couru un péril et qu'elle n'a été sauvegardée que par un hasard heureux, par une circonstance fortuite dont l'efficacité n'avait rien de certain. Il y a eu un fait extérieur, un fait d'exécution dangereux dans son principe, un fait dont les conséquences nuisibles ont été seulement paralysées, et cela indépendamment de la volonté de l'agent. — Au contraire, quand les faits extérieurs ne renfermaient pas même le germe d'un danger, la société n'a pas à refuser de tenir compte de la bonne fortune qui a conjuré un péril absent; elle constate que l'agent a voulu violer la loi, mais qu'il n'a pas même commencé à la violer.

La jurisprudence semble s'associer à la doctrine sur ces graves questions. Un arrêt de la Cour de Montpellier, du 26 février 1852, juge que le commencement d'exécution, condition essentielle de toute tentative criminelle, implique la possibilité d'atteindre le but à l'aide du moyen employé, et, dans l'application, que le fait de tirer des coups de feu dans la chambre d'une personne que l'agent se proposait de tuer, mais qui était absente, n'est pas du ressort de la justice humaine (1).

Dans l'espèce, le moyen en soi pouvait donner la

(1) Devilleneuve, 52-2-464.

mort ; le résultat, la mort, était chose possible ; l'absence accidentelle de la personne que l'agent voulait homicide avait seule prévenu la réalisation du but. C'est encore là une nouvelle nuance avec laquelle le problème apparaît. Ce qui explique, ce qui justifie à mes yeux la solution, c'est que, dès le principe, il n'y a pas eu chance de péril social, c'est qu'il n'y a pas eu d'*alea*. Mais que faudrait-il décider si dans l'appartement se fût trouvée une autre personne qui eût été atteinte ? Je dirais avec M. Rauter (1) que la pénalité serait applicable. J'accepte cette hypothèse comme un fait accompli et je dis : non seulement il y a eu chance de danger, mais la chance s'est réalisée. L'assassin n'a pas commis le crime qu'il avait en vue, mais il a commis un autre crime. Objecterait-on que l'intention, quant à ce dernier crime, a manqué ? l'application de la loi pénale n'est pas subordonnée à la condition que l'auteur de l'acte ait eu un but spécial, déterminé, et que ce but spécial ait été ou ait pu être atteint. Il suffit que la volonté de tuer quelqu'un ait existé et que cette volonté ait été réalisable pour que la responsabilité pénale soit encourue.

« Un homme, dit M. Rauter, se trouvant dans son
« grenier, entend dans la rue, qu'il ne peut voir,
« un bruit tel qu'il est évident pour lui qu'il y a
« un grand concours de peuple ; il saisit un fusil
« chargé et tire dans la rue à tout événement ; s'il

(1) Tome I^{er}, pag. 186, à la note.

« tue un homme dans la foule il sera coupable de
« meurtre, quoiqu'il n'ait point eu le dessein de
« tuer cet individu, ni même de tuer positivement
« qui que ce soit, il suffit qu'il ait tiré sciemment au
« risque de tuer (1). »

Je veux encore compliquer la difficulté, et gardez vous de croire qu'il s'agisse d'un jeu d'esprit, de pures subtilités dans lesquelles je me complaise à mettre en désaccord la logique et la conscience ; non, non, j'aborde avec vous, avec des hésitations et des anxiétés d'esprit que mon expression ne reflète peut-être pas assez, des questions ardues, extrêmes, qui appellent pourtant l'étude des jurisconsultes, peut-être des solutions législatives, puisqu'elles peuvent se traduire en questions de vie ou de mort ; je cherche avec vous la vérité et j'interroge les principes du Droit.

Un homme, pour commettre un meurtre, s'arme d'un pistolet qu'il charge à balle : il tire, mais à une distance telle qu'il est matériellement impossible que le coup porte ; le moyen n'est pas en rapport avec le but ; mais voici ce qui différencie cette hypothèse des hypothèses analogues que je vous ai proposées : celui sur lequel le coup de pistolet a été tiré était plus qu'impressionnable, il était dans de mauvaises conditions de santé, il éprouve une secousse si profonde qu'il en meurt ; il meurt de peur, si vous

1) Rauler, *Traité de Droit criminel*, tome I^{er}, pag. 141.

voulez ; le but final a été atteint ; y a-t-il là un homicide volontaire punissable ?

Ce qui fait la difficulté, c'est le concours du fait et de l'intention. M. Rauter, auquel j'ai emprunté en grande partie mes hypothèses, en les présentant dans un ordre que je crois plus logique, et surtout en les rapprochant, fait une distinction :

L'agent est socialement punissable s'il a connu la faiblesse physique et morale de sa victime et a voulu la tuer par la terreur ; il n'est pas socialement punissable s'il n'a pas compté sur l'effet tout-à-fait exceptionnel de l'effroi, s'il n'a eu que l'espérance d'atteindre matériellement la personne sur laquelle il a déchargé son arme (1).

Cette solution est-elle juridique ? Je le crains ; il me semble que le commandement de la loi sociale n'a été violé qu'autant que le fait pouvait naturellement réaliser le préjudice que cette loi voulait prévenir, et qu'il n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent. Dans l'espèce, le moyen, à l'encontre d'une organisation ordinaire, ne devait pas causer la mort. Le fait de l'agent, envisagé en lui-même et dans son principe, n'était pas dangereux ; il n'était pas défendu sous les peines du meurtre. L'événement impossible d'après les règles communes, et dont le coup de pistolet a été non la cause, mais l'occasion,

(4) Rauter, tome I^{er}, n^o 99, pag. 190.

doit-il donner au projet de meurtre le caractère d'un meurtre accompli ?

J'en ai fini avec ces difficultés qui sont de nature à faire comprendre combien la justice sociale diffère de la justice de Dieu, et devant lesquelles cependant j'aurais reculé peut-être si elles n'eussent été remuées, avant moi, par nos criminalistes les plus autorisés : MM. Rossi, Rauter et Lesellyer. Je ne dis pas comme eux que la société n'a pas le droit d'atteindre l'effort vers le crime, par cela seul que l'effort ne pouvait, dès le principe, aboutir à l'objet final ; mais je dis qu'elle ne devrait atteindre l'effort qu'autant qu'elle jugerait nécessaire de frapper la résolution criminelle, dès qu'elle se serait traduite par un signe extérieur.

SECONDE QUESTION. — J'examine à quels caractères on reconnaît le *commencement d'exécution* : comment les actes constitutifs du *commencement d'exécution* se différencient-ils des *actes préparatoires* ? — La loi n'a défini ni l'*acte préparatoire*, ni le *commencement d'exécution* ; elle a abandonné ces questions à l'appréciation souveraine du juge. Est-ce à dire qu'il faille les négliger et ne pas essayer de tracer quelques règles, d'exposer les principes ? Aucun de nos criminalistes ne l'a pensé. Le *commencement d'exécution*, a dit M. Rossi, c'est tout acte qui met en péril le Droit spécial dont la violation directe constitue le but du crime. — Le sicaire, *ambulans cum telo*, attend la victime désignée : l'existence menacée n'a encore reçu aucune atteinte ; il n'y a pas encore de *tentative*.

La victime désignée apparaît, l'assassin porte un premier coup; qu'importe que le premier coup ne soit pas mortel? Si l'œuvre de la volonté n'est pas achevée, elle est commencée. L'achat du poison n'est qu'une préparation à l'empoisonnement; mais le poison est versé dans la coupe qui va être offerte à la victime, n'y a-t-il plus là qu'un *acte préparatoire*? Non, dit M. Rossi : si le poison était avalé, le crime serait arrivé à sa perfection. Le résultat final pourrait bien ne pas s'accomplir; la victime se sauverait peut-être par un antidote; il y aurait alors un crime *manqué*; ce ne serait pas seulement un crime *tenté* (1).

A mon sens, le point de savoir si le fait que le poison a été versé dans la coupe est un *acte préparatoire* ou un *commencement d'exécution*, n'est pas susceptible d'une solution absolue. Cette solution est subordonnée aux circonstances; la victime était-elle là? lui présentait-on la coupe? ou bien la victime devait-elle venir, plus tard, chercher, elle-même, le breuvage commandé, attendu, et qui restait à sa disposition? Je pense, comme M. Rossi, qu'il y a tentative d'empoisonnement. — Mais le poison est jeté dans la coupe, et cette coupe n'est ni offerte encore, ni laissée à la disposition de la victime désignée; un long intervalle doit s'écouler avant le moment fixé pour la consommation de l'empoisonnement; c'est sans

(1) M. Rossi, t. II, chap. xxviii, p. 299. *Sic*, fragm. 1, ff. *ad legem corneliam de sicariis*. — Code du 25 septembre 1791, tit. II, art. 15.

doute un grand pas vers le crime ; mais le point d'arrivée est trop loin pour dire que le dénouement soit commencé.

M. Rauter suppose qu'un homme résolu de donner la mort à un autre qui est séparé de lui par plusieurs pièces de l'appartement qu'ils habitent tous deux, marche armé vers la chambre où il se propose de commettre le crime ; en chemin il est arrêté. Y a-t-il *commencement d'exécution* ? M. Rauter est d'avis de l'affirmative ; toutefois, dit-il, il ne faudrait pas punir pour *tentative* d'assassinat celui qui, s'étant mis en voyage, de *Canton* en Chine, pour frapper son ennemi à *Londres*, en serait empêché par une tempête. Y a-t-il *tentative*, dans la première hypothèse de M. Rauter ? C'est une question qui dépend des circonstances ; je fais ces indications et ces rapprochements pour vous mettre en mesure de bien apprécier une théorie peut-être trop absolue, trop radicale, qui a pour elle l'autorité d'un savant criminaliste italien, Carmignani, l'autorité de savants criminalistes français, et la sanction de plusieurs arrêts. Un homme s'introduit dans la maison d'autrui avec escalade et effraction ; mais il est découvert et arrêté avant d'avoir saisi aucun objet, est-il passible des peines de la *tentative* ? Non, a dit notamment la Cour de Bordeaux, il n'y a pas de commencement d'exécution du vol. Le pourvoi contre l'arrêt a été rejeté, par le motif que la loi n'ayant pas déterminé les faits élémentaires et constitutifs de l'exécution, l'appréciation de la Cour de Bordeaux, si er-

ronée qu'elle pût être, ne constituait pas une violation expresse de loi. Je reproduis à dessein les termes de la Cour de cassation, parce qu'ils sont au moins une critique doctrinale. L'introduction de l'agent avec effraction, escalade, pouvait avoir pour objet, dit une doctrine fort accréditée, la perpétration d'un crime autre que le vol, la perpétration d'un viol, d'un rapt, d'un assassinat ; ces éléments sont en dehors d'une action criminelle déterminée ; ils peuvent l'aggraver, mais non servir à la constituer ; ils ne la commencent pas (1).

Je crois qu'il faut dire, avec M. Rossi, qu'il est impossible de déterminer, par une loi et d'une manière générale, les caractères précis auxquels on devra reconnaître, dans tous les cas, le véritable commencement d'exécution du crime et en distinguer les actes de ceux qui ne sont que préparatoires. L'introduction d'un homme dans la maison d'autrui, à l'aide d'escalade et d'effraction, n'est pas, sans doute, toujours et nécessairement un commencement d'exécution du vol ; mais s'il s'agit, par exemple, d'un voleur de profession, déjà condamné comme voleur, qu'aucun autre but que le vol ne puisse être assigné à son introduction dans la maison, s'il était déjà dans l'appartement où étaient placés les objets de sa convoitise, si la consommation du crime était prochaine,

(1) MM. Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, tome I^{er}, pages 296 et suiv. Morin, *v^o Tentative*, n^o 9, et Cour de Nancy, 19 février 1852. Dalloz, *Rec. pér.*, 1853—2—94.

presque immédiate, si, en un mot, toutes les circonstances attestent le caractère du dénouement dont l'agent était si près, je dis qu'il y a plus qu'un acte préparatoire; je ne puis admettre que le brigand armé, qui m'arrête sur la route, qui me demande la bourse ou la vie, échappe à la pénalité de la tentative, parce que le secours m'arrive avant qu'il ait commencé à me dépouiller. L'escalade et l'effraction avaient, dit-on, pour objet peut-être un rapt ou un assassinat; c'est possible; mais aussi, suivant les circonstances, ces éléments pourraient être regardés comme des commencements d'exécution de tout crime, dont ils auraient été le premier acte (1). Ils peuvent être considérés comme la première atteinte au droit spécial, dont la violation était l'objet du crime. C'est ainsi que la Cour de cassation me paraît avoir décidé, avec beaucoup de raison, que, lorsqu'après avoir acheté et chargé des pistolets et écrit les billets dont il se propose d'imposer la souscription par violence, l'agent fait monter en voiture la victime désignée, et est en train de la conduire dans le lieu où le crime doit se consommer, il y a commencement d'exécution et tentative d'extorsion de signa-

(1) Voir dans le sens de notre opinion Bexon, *Parallèle du Code pénal d'Angleterre, avec les lois françaises*, chap. XXV, p. 445, Boitard, 2^e leçon, n^o 24, p. 38.

Rauter, tome I^{er}, n^o 408, p. 203. — Ces auteurs, toutefois, ne formulent pas avec une parfaite netteté leur théorie. Cass, 23 septembre 1825, *Arg.*

ture (1). L'extorsion proprement dite reste cependant tout entière à faire.—Il y a donc des faits qui, considérés isolément, ne seraient que des actes préparatoires, mais qui revêtent un caractère de commencement d'exécution par leur extrême voisinage, par leur contact avec les éléments constitutifs de l'infraction qu'il s'agit d'accomplir.

L'acte qui est la condition du vol et qui ne s'en sépare ni dans le temps, ni dans la pensée de l'agent, ne peut-il pas être le *commencement d'exécution* le mieux caractérisé ?

Supposez que le voleur de profession, qui s'est introduit avec escalade et effraction dans la maison, ait déjà brisé la caisse qu'il veut vider, proclamerez-vous encore l'innocence de cet acte préparatoire ?

Dans la séance du 21 février 1809, au Conseil d'Etat, M. Berlier indiquait comme exemple d'un *commencement d'exécution de vol*, le fait d'un homme surpris *crochetant* la serrure d'une porte, *parce que le but ultérieur de cet homme était bien connu par ce seul fait*. Tout acte extérieur d'où résulte l'actualité du péril pour le droit auquel l'agent a la volonté d'attenter immédiatement, n'est-il pas, dans le sens de la loi pénale, un *commencement d'exécution* de l'infraction ?

Il y a dans le Droit pénal des questions d'intention, de moralité et aussi de sécurité sociale qui dominent les

(1) Cassation, 6 février 1812.

faits matériels et leur impriment leur vrai caractère, au point de vue de la répression.

Je vais tout à l'heure vous montrer la jurisprudence hésitant à voir la tentative, dans des actes qui sont bien plus qu'un commencement d'exécution, puisqu'ils ne laissent plus rien à faire à l'agent.

Vous savez que, d'après une jurisprudence que nous n'avons pas à apprécier ici, l'homicide commis en duel est puni de la peine du meurtre ou de l'assassinat. Cette solution soulève des questions assez ardues de tentative. Je suppose l'existence d'un duel au pistolet : les deux combattants échangent leur coup de feu, mais ils ne sont pas des plus adroits, et pour résultat il n'y a ni mort, ni blessure : dira-t-on qu'il y a tentative de meurtre ? Dira-t-on qu'il y a tentative de coups ou blessures ? Si c'est une tentative de meurtre, elle est punissable ; si c'est une tentative de coups et blessures, le fait des coups et blessures n'étant un crime, aux termes de l'art. 309, qu'autant qu'il a entraîné une incapacité de travail de plus de 20 jours, et n'étant qu'un délit quand il n'a pas entraîné une incapacité de cette durée, il n'y a guère, en vérité, moyen de savoir s'il s'agit d'une *tentative* de crime ou d'une *tentative* de délit, c'est-à-dire s'il s'agit d'une *tentative punissable* ou d'une *tentative non punissable*.

Dans un duel au pistolet, l'un des combattants avait été blessé au bras ; l'autre combattant n'avait pas été atteint ; la balle n'avait frappé que son chapeau. La Cour de Rennes ne vit, ni dans le fait du

blessé, ni dans le fait de l'auteur de la blessure, une *tentative punissable*. Mais la Cour de cassation a appliqué les conséquences de sa doctrine. Elle a décidé que les deux combattants devaient être accusés de tentative de meurtre.

En effet, de deux choses l'une, ou il faut apprécier le fait par l'intention présumée, ou il faut l'apprécier par le résultat. Si on l'apprécie par l'intention présumée, celui dont la balle a atteint le chapeau de son adversaire, me semble tout aussi convaincu d'une tentative de meurtre, c'est-à-dire de la volonté de donner la mort, que celui qui a fait la blessure au bras; si l'on juge par le résultat, mais la blessure au bras n'est pas un meurtre (Sir. 38—1—5).

Dans une autre espèce, le duel avait eu lieu avec des fleurets démouchetés, et il avait été convenu que le combat cesserait au premier sang; un des combattants fut légèrement blessé : la Cour de cassation a décidé que le blessant était coupable de délit de coups et blessures, et que, quant au blessé, il n'était coupable que d'un délit non punissable. Cette décision peut se justifier; la convention que le combat cesserait au premier sang était, jusqu'à certain point, exclusive de la volonté de donner la mort (Cass., 15 avril 1838, Sir. 38—460).

Toutefois les vrais principes ont-ils prévalu ?

Il n'y a pas, dans les deux cas sur lesquels la Cour de cassation a eu à se prononcer, une *tentative* proprement dite; l'infraction a été parfaite, consommée, *subjective*.— Il ne restait plus rien à faire à l'agent ;

tout ce qui dépendait de lui était accompli ; seulement le but final n'était pas atteint. Je pense donc, au moins dans le cas de duel au pistolet, que la peine devait être appliquée aussi bien à celui qui avait reçu la blessure qu'à celui qui l'avait faite. — Dans la seconde espèce si l'on décidait que le but final n'était qu'une blessure, la loi subordonnant elle-même l'existence et le caractère de l'infraction au résultat, le blessé devait-être affranchi de toute responsabilité.

TROISIÈME QUESTION. — Le désistement volontaire de l'agent, qui revient sur ses pas et laisse son œuvre interrompue, écarte la responsabilité pénale. Il n'est pas nécessaire que la volonté soit pure dans ses motifs, qu'il y ait remords, trouble ou hésitation de conscience au moins. La crainte du châtiment, l'inspiration de la peur, ne vicie pas, au point de vue social, la détermination qui recule devant la consommation du crime ; la menace d'une dénonciation n'est même considérée que comme un mobile pour l'agent, que comme une excitation à user de sa liberté en un certain sens ; on ne la regarde pas comme une *contrainte*, comme la cause étrangère qui a empêché la réalisation complète de l'infraction ; le désistement n'est pas moins volontaire, M. Rauter en fait la remarque, parce qu'il a été provoqué, motivé par des raisons d'un plus ou moins grand poids (1).

Il ne faut cependant rien exagérer : si l'agent était,

(1) N° 104, *in fine*.

pendant qu'il consommait l'infraction, tout à coup surpris et mis en présence d'une force dont il n'eût pu avoir l'espérance raisonnable de triompher, pour achever le crime, on devrait dire qu'il y a eu non pas un désistement, mais une interruption imposée, non point un acte de liberté, mais un fait de force majeure. Il y a encore là une question de fait qui domine le Droit.

QUATRIÈME QUESTION. — Lorsque les tentatives de délits sont punissables, sont-elles régies par l'art. 2 du Code pénal ? La répression ne peut-elle les atteindre qu'autant qu'elles ont eu un *commencement d'exécution* et n'ont pas été interrompues par la volonté de l'agent ?

L'affirmative semble évidente ; cependant des arrêts de la Cour de Cassation l'ont contredite ; la doctrine est unanime, sur ce point, pour maintenir les principes.

Pourquoi, en thèse générale, les tentatives de délit sont-elles affranchies de pénalité ? C'est, dit le rapport fait au nom de la commission du pouvoir législatif, *parce que l'exécution des délits peut très bien avoir été préparée et commencée par des circonstances et des démarches qui en elles-mêmes n'ont rien de reprehensible, et dont l'objet n'est bien connu que lorsque le délit est consommé*. Si, en matière de délits, le commencement d'exécution est, en général, trop équivoque pour autoriser la punition de la tentative, comment, quand par exception,

la loi punit la tentative, c'est-à-dire croit que les actes d'exécution seront assez caractérisés pour prévenir l'erreur sur leur signification, n'exigerait-elle pas le témoignage de ces actes extérieurs qui métamorphosent la résolution en infraction ? Comment la loi serait-elle plus sévère pour les délits que pour les crimes (1) ?

CINQUIÈME QUESTION. — La loi n'atteint-elle pas quelquefois et par exception, des faits qui ne sont pas un commencement d'exécution, qui ne constituent pas une tentative ? L'art. 89 du Code pénal punit la proposition de complot, même non agréée ; il punit donc la résolution quand elle s'est constatée elle-même en essayant de se faire partager. Il punit, à plus forte raison, la résolution arrêtée et concertée entre plusieurs, de commettre l'attentat prévu par les art. 86 et 87 (2), et, si le complot a été suivi d'un acte commis ou *commencé* pour en préparer l'exécution, la peine est aggravée.

L'acte préparatoire, et même la tentative de l'acte préparatoire tombent sous la répression.

Voilà des exceptions que l'intérêt de la sécurité sociale, inséparable de la sécurité du pouvoir, justifie.

(1) Sic MM. Chauveau et Hélie, tome I^{er}, p. 444. — Achille Morin, *Répertoire*, V^o *Tentative*, n^o 12.

(2) Voir loi du 10 juin 1853.

Le plus souvent, quand la loi veut atteindre un acte préparatoire, elle fait de cet acte l'objet d'une incrimination spéciale; elle le punit comme infraction *sui generis*.

Est-ce un acte préparatoire que notre Code pénal frappe ainsi, à l'aide d'une incrimination exceptionnelle, dans les art. 132, 147 et 150, quand il punit la fabrication de monnaies fausses et le faux en écriture authentique ou privée? Le véritable crime n'est-il que dans l'usage de la monnaie et de la pièce fausses?

Oui, ont dit de savants criminalistes (1).

Comment donc! Est-ce que le fait duquel résulte la *possibilité* du préjudice n'est pas consommé? Est-ce qu'il y a certitude que la monnaie et la pièce fausses ne serviront qu'autant que l'infracteur ne se désisterait pas de son acte criminel et n'en abandonnerait point le profit? Non, le faussaire peut mourir, et son héritier, dans l'ignorance du crime, en parfaite bonne foi, mettrait peut-être en circulation les monnaies contrefaites ou se prévaudrait de l'acte faux. Le faux et l'usage du faux sont deux crimes distincts. Si le faux n'était que l'acte préparatoire de l'usage du faux, il n'offrirait, considéré isolément, et abstraction faite de son but, aucune chance de danger à la société. Ce qui caractérise, en effet, l'acte préparatoire, c'est qu'il ne devient dangereux que par l'ac-

(1) MM. Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, tome I^{er}, p. 404, 2^e édition.

complissement de l'œuvre coupable vers laquelle il est un acheminement.

Je ne vous entretiens pas des exceptions que reçoivent les art. 2 et 3 du Code pénal, parce que je dois me borner à l'explication des principes généraux (1).

(1) Voir, en sens contraire de l'arrêt cité page 248, un arrêt d'Agen, du 8 décembre 1849.—*Journ. du Pal.*, 1852-1-657.



DIXIÈME LEÇON.

ART. 5.—Le Code pénal ne régit pas les infractions militaires. — Transition des dispositions préliminaires au premier livre du Code pénal.—Ordre rationnel des matières.—Ordre légal.—Droit philosophique. — De la pénalité.—En quoi elle consiste.—Pour savoir quels biens elle peut entamer, faut-il distinguer entre les biens acquis et les biens naturels?— Réfutation de la théorie qui fait cette distinction. — La peine de mort est-elle illégitime? — Principales objections des adversaires de la peine de mort.— Réponse.—Historique de la question.—Législation.—Division des peines en peines applicables aux crimes, en peines applicables aux délits, en peines applicables aux contraventions, en peines applicables à plusieurs classes d'infractions et même à toutes les classes d'infractions.—Peines afflictives et infamantes.—Peines infamantes.—Le Pouvoir a-t-il le droit de déclarer certaines peines infamantes ?

ART. 7 ET 8 DU CODE PÉNAL.—Peines *afflictives* et *infamantes*. — Peine de mort (art. 12 et 13).—Travaux forcés à perpétuité (art. 15).—Déportation.—Code de 1810.—Loi du 28 avril 1832 (art. 17.)—Loi du 9 septembre 1835.—Loi du 8 juin 1850, déportation simple et déportation aggravée.—Travaux forcés à temps (art. 19).—Déten­tion (art. 20).—Réclusion (art. 21).—Peines infamantes.—Bannissement (art. 32 et 33).—Dégradation civique (art. 34 et 35).

MESSIEURS,

Toutes les infractions aux commandements protégés par des sanctions d'ordre public, ne sont pas régies par le Code pénal ; ainsi les infractions que j'appellerai *militaires* ne sont pas soumises à la loi et aux ju-

ridictions de droit commun ; elles subissent une loi et une juridiction exceptionnelles. C'est ce qu'indique l'art. 5 de ce Code. Les infractions sont déclarées *militaires* par la loi, soit à raison de la qualité des infracteurs, c'est la règle générale, soit à raison de leur caractère spécial, et quelle que soit la qualité des agents. Les lois du 30 septembre 1791, du 12 mai 1793, du 21 brumaire an V et du 15 juillet 1829, sont les lois principales qui déterminent les infractions militaires. Je ne mentionne cette spécialité que pour vous avertir qu'elle ne rentre pas dans le cadre de mon enseignement. J'ai donc épuisé l'explication des dispositions préliminaires du Code pénal.

Vous connaissez le caractère de la loi pénale et l'étendue de son empire, le caractère que doivent avoir les faits pour tomber sous la répression. L'ordre logique appellerait l'examen des conditions que doivent remplir les *agents*, pour que les infractions et tentatives d'infraction leur soient imputables ; mais les questions d'*imputabilité* ne sont pas résolues dans le premier livre ; elles sont l'objet du second livre. Le premier livre traite des *peines*. Je ne veux pas intervertir, sans nécessité absolue de méthode, l'ordre adopté par le législateur.

La *loi*, *l'infraction*, *l'agent*, la *pénalité*, voilà l'ordre qui eût eu mes préférences ; la *loi*, *l'infraction*, la *pénalité*, *l'agent*, tel est l'ordre légal. — C'est à cet ordre qu'en général je me conformerai. J'examine donc aujourd'hui quelle est la nature de la *pénalité*.

La pénalité est un mal attaché comme conséquence

à l'infraction de la loi. En quoi doit consister ce mal ? Il doit consister dans la privation ou dans la diminution perpétuelle ou temporaire d'un bien ou d'un avantage auquel, dans l'opinion commune, on attache de l'importance.

Mais quels sont les biens dont l'homme peut être privé d'une manière totale ou partielle, temporairement ou perpétuellement, à titre de punition ? Des criminalistes ont voulu distinguer, et ils ont divisé en deux classes les biens qu'un homme peut posséder ; les biens de la première classe seraient appelés *naturels*, ce sont : la vie, la liberté, l'intelligence. La seconde classe se composerait de biens *acquis* ; ce sont : les droits de propriété, les droits de cité, les droits de famille. Suivant ces criminalistes, le pouvoir social ne pourrait anéantir ou entamer que les *biens acquis* ; il ne pourrait anéantir ou même entamer les *biens naturels*.

Cette théorie suppose qu'il existe pour l'homme des biens indépendants de la société, des biens qui ne relèvent pas d'elle, des biens qui sont au dessus de ses lois et de ses conditions. C'est là une supposition que j'ai combattue et qu'on ne saurait trop combattre.

Les biens que l'on appelle *naturels*, la vie, la liberté, l'intelligence de l'homme, ne peuvent se développer que dans l'état social. Pourquoi donc ces biens qui sont sans doute de la nature de l'homme, mais de l'homme sociable, au même titre qu'il est libre et intelligent, ne pourraient-ils pas être sacrifiés avec justice, dans certains cas, à la cause de la société ? Est-ce

que, par hasard, les droits de propriété, de cité et de famille ne seraient que des créations arbitraires de la loi positive ; que des faits accidentels et contingents qui n'auraient pour eux que la consécration du temps, mais qui ne puiseraient pas leur raison d'être dans la nature de l'homme ?

L'homme est un être libre et intelligent. Si vous proclamez inviolables sa liberté et son intelligence, pourquoi n'étendriez-vous pas la même inviolabilité aux résultats, aux conquêtes de sa liberté et de son intelligence ? Pourquoi séparez-vous l'effet de la cause, la conséquence du principe ? Si la société est aussi nécessaire pour sauvegarder la cause que l'effet, la cause comme l'effet sera susceptible de restrictions, en tant que ces restrictions seront nécessaires au maintien de l'ordre social.

Ces observations générales, en réponse à une distinction absolue, me paraissent résoudre une question spéciale. La peine de mort est-elle en soi une peine illégitime ? Est-elle illégitime même quand, à raison des temps, des circonstances et des mœurs, le pouvoir social a besoin de la faculté de disposer de la vie de ceux qui violent certaines de ses lois ?

Je ne puis, dans un cours de Droit pénal, laisser absolument de côté cette question, bien qu'elle ait été souvent de nos jours débattue, et avec une grande puissance de talent, dans les livres, dans nos écoles, à la tribune, et qu'elle soit presque devenue un lieu commun ; je dois au moins, suivant l'exemple de Boitard, résumer la discussion ; je vous renvoie, pour

les développements, à l'article de M. de Broglie dans la *Revue française* de septembre 1828, parce que c'est cet article, dont tous, philosophes, publicistes, orateurs, professeurs se sont beaucoup inspirés, qui a le mieux réduit la question à ses véritables termes.

Pour soutenir l'illégitimité absolue de la peine de mort on dit : L'homme n'a pas le droit de disposer de sa vie ; il la reçoit et ne se la donne pas ; il n'a pas le droit de se l'enlever par un suicide, il ne peut donc renoncer éventuellement à la vie au profit du pouvoir. Cette objection a un vice capital ; elle suppose que la société est le résultat du consentement de ceux qui la composent et que le pouvoir social n'a de droits que ceux qui lui ont été concédés.

J'ai démontré que cette supposition est purement gratuite, que la société n'est pas subordonnée à l'acceptation individuelle ; qu'elle est un fait indestructible imposé par la Providence.

On a fait une autre objection ; l'on a dit : La vie est un don de Dieu ; or ce don doit être inviolable et sacré. Le législateur humain ne saurait y porter atteinte. Mais la liberté, elle aussi, est un don de Dieu ; c'est une faculté dont il a doté l'homme en l'appelant à agir, à ses périls et risques, pour le bien ou pour le mal. Est-ce donc que le pouvoir social ne pourrait paralyser une liberté dont les abus préjudicieraient à la sûreté de la société ? S'il en était ainsi, l'emprisonnement, c'est-à-dire la privation de la faculté de locomotion, serait donc une peine illégitime ? Je ne crois pas qu'aucun criminaliste soit allé jusque-là.

On a fait une troisième objection et l'on a dit : La tâche de la justice humaine n'est pas de punir, mais bien de défendre la société en corrigeant, s'il se peut, et en réprimant les agents qui la troublent. La mort est exclusive de toute correction et de tout amendement. Si la société a perdu tout espoir de correction et d'amendement, qu'elle enlève à tout jamais à l'agent, dont elle désespère, les moyens de nuire ; qu'elle le séquestre de son sein ; qu'elle lui enlève la vie sociale, qui est son œuvre, mais qu'elle ne lui enlève pas la vie naturelle qu'il ne tient pas d'elle.

En tant que cette objection tend à présenter tous les dons terrestres de Dieu, comme en dehors du pouvoir social, j'ai déjà répondu En tant qu'il s'agirait du don spécial de la vie, la conscience humaine répond qu'il n'est pas d'une inviolabilité plus absolue que les autres dons de Dieu. Depuis qu'il existe des nations, l'homme enlève la vie à l'homme sur des champs de bataille, et l'effusion du sang, pour l'indépendance du territoire et de la patrie, n'a jamais constitué un crime. On reconnaît qu'il y a des guerres justes, des guerres saintes, et le courage qu'on y déploie, ce n'est pas de la férocité, c'est de l'héroïsme. La conscience humaine répond que l'homme non-seulement dans l'intérêt social, mais même dans son intérêt individuel, peut disposer de la vie de son agresseur, s'il n'a d'autre moyen de sauver sa propre vie. Pourquoi donc l'intérêt social n'autoriserait-il pas ce qu'autorise l'intérêt individuel ? D'ailleurs l'objection suppose que la société n'a pas, à proprement

parler, le Droit de punir, mais seulement le Droit de se défendre.

Mais je vous ai démontré, dans mes PROLÉGOMÈNES, que le Droit de défense et le Droit de punir étaient deux Droits distincts qui reposent sur des bases complètement différentes. La peine est pour nous, non une défense, mais une sanction. Or, s'il est des lois sociales dont le respect ne puisse être assuré que par la peine de mort, et qu'elles soient assez importantes pour mériter une pareille sanction, la nécessité sociale est la meilleure de toutes les légitimités.

On a dit encore :

Le pouvoir social ne saurait hâter l'heure à laquelle l'homme comparaitra devant Dieu pour y être jugé selon ses œuvres ; autrement on le priverait de ses chances de repentir, de ses moyens spontanés d'expiation.—Disposer de sa vie terrestre, ce serait peut-être disposer de sa vie éternelle. Cette objection a de la gravité et de la grandeur ; toutefois je ne la crois pas décisive : le renvoi de l'homme, par l'homme, devant Dieu, a sans doute quelque chose d'effrayant, au point de vue de la vie à venir. Cependant des considérations de l'ordre le plus élevé peuvent nous rassurer. Rien ne prouve que la préoccupation d'une mort certaine, à jour fixe, ne sera pas pour le condamné le meilleur, le plus salubre des avertissements, et qu'au moment où toutes les espérances disparaissent pour lui dans ce monde, il ne se rattachera pas avec plus de ferveur et plus de ténacité à la dernière espérance qui lui reste. Rien ne prouve enfin que l'ex-

piation qu'inflige le pouvoir social ne soit pas le seul moyen qu'ait le condamné de payer sa dette même envers Dieu.

A la justice humaine n'opposons pas la justice divine, parce que celle-ci saura toujours bien faire ses affaires et régler ses comptes. L'objection, d'ailleurs, prouve trop ; elle condamnerait la guerre ; elle interdirait de sauver sa vie en sacrifiant la vie de son agresseur.

Enfin on a fait une dernière objection ; on a dit : La justice humaine est faillible et elle peut appliquer, par une de ces méprises dont il y a plus d'un exemple, la peine de mort à l'innocence dans laquelle elle a cru trouver les apparences du crime.

La société ne doit donc appliquer que des peines réparables pour qu'elle ait le moyen de réparer ses injustices involontaires. L'irréparable et l'irrévocable, a dit un célèbre écrivain, n'appartiennent qu'à Dieu.

Je ne crois pas qu'il faille répondre, comme on a eu le tort de le faire, que *la peine de mort après tout n'est qu'un moyen de renvoyer le justiciable devant son juge naturel.*

Je ne crois pas non plus qu'il faille dire, *qu'il est possible qu'un homme envoyé au supplice pour un crime qu'il n'a pas commis, l'ait réellement mérité pour un autre crime absolument inconnu.* Ces réponses-là ont été éloquemment châtiées par M. Villemain (vingt-troisième leçon sur la *Littérature française* au XVIII^e siècle) (1).

(1) Delaroche-Flavin avait au reste dit avant M. de Maistre :

Il y a une plus grave et meilleure réponse : Tout châtiment injuste, si minime qu'il soit, est un malheur social. Est-ce à dire que, pour s'éviter la chance d'un châtiment injuste, il ne faille jamais punir ? Non, sans doute. Eh bien ! si la peine de mort est nécessaire, pourquoi résisterait-on à cette nécessité sous le prétexte de la possibilité d'une erreur ? L'irréparabilité de cette peine sera sans doute un motif grave de ne l'appliquer qu'avec beaucoup de réserve ; mais ce n'est pas seulement pour la peine de mort que le doute absout ; le doute ne saurait condamner même quand il s'agit de peines légères.

Il y a une considération qui domine cette question : La peine de mort a traversé les siècles ; elle est écrite dans les législations de tous les temps et de tous les pays ; elle a donc pour elle le témoignage de la conscience du genre humain. Cela veut-il dire, messieurs, qu'elle sera toujours nécessaire ? Je n'en sais rien, mais j'espère que sa nécessité, qui s'est déjà amoindrie, finira par disparaître. Les cas dans lesquels on l'applique ont toujours été en se restreignant et en se réduisant. Mais ce n'est qu'au XVIII^e siècle seulement que la théorie, qui conteste d'une manière absolue la légitimité de cette peine, a pris quelque généralité et a

Plusieurs sont prévenus à tort et condamnés injustement, qui meurent toutefois justement, la justice divine les ayant amenés par un autre chemin à la peine, qui, pour être différée, n'est pas perdue. (Des Parlements de France, livre XIII, n^o 39, page 850.)

élevé cette question à la hauteur d'une question sociale. Antérieurement cette légitimité n'avait été contestée que par quelques voix solitaires, par quelques Pères de l'Eglise, par des écrivains ecclésiastiques, et enfin par quelques philosophes.

L'abolition de la peine de mort fut demandée bien des fois dans le cours de notre première révolution ; elle fut réclamée par des hommes qui devaient bientôt en abuser monstrueusement ou en être les victimes. Etait-ce instinct et pressentiment ? Voulaient-ils une garantie contre eux-mêmes ou pour eux-mêmes ?

Au nombre des théoriciens abolitionnistes étaient Robespierre et Marat. Il faut convenir qu'ils pratiquèrent singulièrement leur théorie. Malgré les observations dans le même sens de Péthion et de Duport ; malgré le rapport de Lepelletier-de-Saint-Fargeau, la peine de mort resta inscrite dans le Code pénal de 1791. Presque sous le coup du poignard qui allait le frapper, l'ancien rapporteur de la Constituante, devenu membre de la Convention, Lepelletier-de-Saint-Fargeau, le jour même où il avait voté la mort de Louis XVI, portait à son libraire un manuscrit, dans lequel il réclamait l'abolition de la peine de mort.

Le 23 janvier 1793, Condorcet faisait à la Convention la proposition de cette abrogation.

« Abolissez la peine de mort pour tous les délits
« privés, en vous réservant d'examiner si vous de-

« vez la conserver pour les crimes contre l'État,
« parce que les questions sont différentes. »

Fonfrède réclamait cette abolition le 17 juin 1793.

Pelet-de-la-Lozère, le 8 brumaire an III.

Champein-Aubin, le 30 nivôse an III.

Villetard, le 23 germinal an III.

Enfin la commission des Onze, dont le rapport fut défendu par Chénier, conclut à l'abolition de la peine de mort.

Le Code de brumaire an IV maintint la peine de mort; toutefois l'art. 612 laisse entrevoir la possibilité de son abolition.

Le 14 brumaire an IV, au moment où les pouvoirs de la Convention expiraient, elle vota un article de loi ainsi conçu : « A dater du jour de la publication
« de la paix générale, la peine de mort sera abolie
« dans la République française » (1).

Le Consulat, l'Empire et la Restauration ne se sont pas chargés de l'exécution de ce legs.

La Révolution de juillet a failli l'exécuter.

Le 17 août 1830, M. Victor de Tracy réclamait d'une manière générale l'abolition de la peine de mort, dans une pensée de générosité et de protection pour les anciens ministres de la Restauration, qui allaient être jugés.

(1) Il faut lire sur cette partie de l'histoire de la question de la peine de mort les brillantes pages de M. Ortolan : *Introduction historique*, p. 185 à 191.

La proposition fut accueillie séance tenante à l'unanimité, et fut l'objet d'une adresse au roi qui l'accueillit avec sympathie. Cette proposition n'eut cependant pas de suite.

Lors de la réforme de 1832 la question fut reprise, et le législateur se déchargea, si l'on prend droit par les paroles du rapporteur de la commission (1), du soin de la résoudre sur l'institution du jury, c'est-à-dire sur une juridiction qui n'en est pas une, puisqu'elle se renouvelle tous les jours, et que ses inspirations doivent nécessairement varier avec les éléments qui la composent. N'était-ce pas incliner la souveraineté sociale devant la souveraineté individuelle et capricieuse de douze jurés ?

Le 26 février 1848, une déclaration du gouvernement provisoire abolit la peine de mort en matière politique.

C'était le contrepied de la proposition de Condorcet.

La Constitution du 4 novembre 1848 ratifia le décret du 26 février.

La loi du 10 juin 1853, modificative des art. 86 et 87 du Code pénal, n'a pas fait revivre la peine de mort pour les crimes *purement politiques*.

Cette question philosophique ainsi résolue, j'examine quelles sont les peines établies par notre Code pénal et comment elles se divisent.

Les peines se divisent en peines applicables aux crimes, en peines applicables aux délits, en peines

(1) Voir Chauveau et Hélie, t. I^{er}, p. 15.

applicables aux contraventions et en peines communes à plusieurs classes ou même à toutes les classes d'infraction.

Je dis peines applicables à une des trois classes d'infraction ; car les crimes, par exemple, peuvent n'être punis que de peines applicables aux délits, et ce, en vertu de la déclaration de circonstances atténuantes ; mais les peines applicables aux crimes ne sont jamais appliquées aux délits : les délits peuvent aussi n'être punis que de peines applicables aux contraventions ; mais les peines applicables aux délits ne sont pas appliquées aux contraventions.

Les peines applicables aux crimes se divisent en peines *principales* et en peines *accessoires*.

Les peines principales sont les peines qui frappent le condamné par elles-mêmes et directement ; elles ne peuvent recevoir leur exécution qu'autant qu'elles sont expressément écrites dans la condamnation.

Les peines accessoires sont des peines qui n'ont pas besoin d'être prononcées, qui ne s'écrivent pas, qui ne doivent pas même s'écrire dans la condamnation, mais qui sont attachées comme conséquence implicite, comme une sorte d'appendice, soit à l'exécution de certaines peines principales, soit à l'irrévocabilité de ces peines.

Quelles sont les peines principales applicables aux crimes ? Les peines principales applicables aux crimes se subdivisent en peines *afflictives et infamantes*, et en peines *infamantes* seulement.

Les peines *afflictives* sont celles qui s'attaquent

principalement et directement aux biens physiques de l'homme, à sa vie, à sa liberté, à son patrimoine ; toute peine *afflictive* est *infamante* accessoirement, par voie de conséquence, par contre-coup.

Les peines *infamantes* sont celles qui s'attaquent principalement et directement aux biens moraux de l'homme, à son honneur, à sa position sociale, à ses droits de famille et de cité.

Toutes les peines *infamantes* sont aussi *afflictives* parce qu'elles réagissent sur les biens physiques, sur la liberté matérielle et la fortune.

La qualification de peines *infamantes* a soulevé de vives critiques. Le déshonneur et l'infamie, a-t-on dit, ne se décrètent pas : à l'opinion, à la conscience publique appartient la vraie souveraineté quand il s'agit de considération ou de flétrissure : *le crime fait la honte et non pas l'échafaud*. L'application de la peine est, tout au plus, la constatation officielle de l'infraction à laquelle l'infamie peut s'attacher, mais ne s'attache pas toujours. En effet, de deux choses l'une, ou la loi, dans la peine qu'elle édicte, est d'accord avec la conscience publique, ou elle est en désaccord avec elle. Si la loi est d'accord avec la conscience publique, la peine ne créera pas l'infamie, elle la déclarera seulement ; si la loi est en désaccord avec la conscience publique, elle essaiera vainement de flétrir des actes que l'opinion protégera. Sans doute les peines ne sont pas une recommandation et un titre d'honneur ; cela est vrai de toutes les peines mais non pas exclusivement d'une classe de peines.

Voilà les objections que d'excellents livres et les leçons même de Boitard, d'ordinaire si judicieux, accréditent (1).

Je ne saurais, pour mon compte, m'associer à ces critiques que je trouve dangereuses, parce qu'elles tendent à infirmer le principe d'autorité sans lequel aucune société ne peut vivre. Quelle est la mission du pouvoir social ? C'est de rechercher, en raison et en justice, les règles des rapports sociaux et la sanction nécessaire de ces règles. Sans doute, le pouvoir n'est pas infaillible; mais, de ce qu'il peut se tromper, doit-on en conclure qu'il se trompe toujours, et que, par suite, il est fait pour obéir et non pour commander ? La présomption n'est-elle pas, au contraire, que le pouvoir, justement parce qu'il est le pouvoir, le souverain, est l'organe de la vérité et de la raison ? Cette présomption n'est-elle pas la condition de toute souveraineté ? Comment l'autorité, qui a le droit de commander, ne serait-elle pas présumée avoir titre pour déterminer l'importance de ses commandements et pour qualifier leur violation en caractérisant la peine qu'elle entraîne ?

C'est, en vérité, demander au pouvoir de ne pas avoir foi en lui et prétendre lui imposer la loi au lieu de la recevoir, que de lui interdire le droit de mesurer les conséquences, la portée de la peine qu'il inflige.

(1) Taillandier, *Réflexions sur les lois pénales de France et d'Angleterre*, p. 50. Rossi, t. III, p. 189. Boitard, n° 39. *Théorie du Code pénal*, t. I^{er}, p. 751, troisième édition.

La Constituante fit donc, dans ce système, acte d'usurpation lorsque, résistant à la pression de préjugés iniques, elle proclama le grand principe de la *personnalité* du châtiment, de la *personnalité* de la flétrissure.

Mais, dit-on, aucune peine n'est un titre à la considération ; donc toutes les peines devraient être déclarées *infamantes*. Oui, les peines, en général, nuisent à la considération de l'agent puni, mais elles n'entament pas toutes cette considération dans la même mesure.

Les peines *afflictives et infamantes* sont au nombre de six : 1° la mort ; 2° la peine des travaux forcés à perpétuité ; 3° la déportation ; 4° les travaux forcés à temps ; 5° la détention ; 6° la réclusion.—Les peines infamantes sont au nombre de deux : 1° le bannissement ; 2° la dégradation civique.

La peine *de mort* consiste, conformément au principe de la Constituante, dans la simple privation de la vie. Le condamné est décapité à l'aide d'un instrument auquel le docteur Guillotin a donné son nom.

La peine de mort, lorsqu'elle est appliquée au parricide, est précédée de certains détails préparatoires qui l'aggravent. Le condamné est conduit sur le lieu de l'exécution en chemise, nu-pieds et la tête couverte d'un voile noir ; il reste exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fait au peuple lecture de l'arrêt de condamnation ; avant la révision du 28 avril 1832 le parricide subissait une mutilation : ce n'était qu'a-

près lui avoir coupé le poignet droit sur l'échafaud, qu'on lui tranchait la tête; cette mutilation a dû être et a été supprimée ! Je ne crois pas qu'on ait fait encore assez ; cette translation en chemise, pieds nus, ce voile noir, cette prolongation de l'agonie pendant la lecture de l'arrêt, ajoutent à la rigueur de la peine de mort qui, par elle-même et isolée de tout accessoire, semble la plus rigoureuse des peines que puisse infliger le pouvoir social.

La peine des *travaux forcés à perpétuité* consiste dans une détention perpétuelle et dans l'obligation d'accomplir les travaux matériels les plus pénibles. Les lieux où sont enfermés les condamnés aux travaux forcés sont les ports de mer militaires désignés par une ordonnance du 20 août 1828. Ces condamnés traînent à leurs pieds un boulet, ou sont attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail le permet.

La perpétuité des peines avait été abolie par le Code pénal du 28 septembre 1791. L'Assemblée constituante avait considéré les peines perpétuelles comme plus terribles que la mort même. Cette perpétuité fut rétablie par le Code pénal de 1810 ; il y avait, dit-on avec raison, une trop grande distance entre la peine de mort et 20 ans de travaux forcés. Cette perpétuité a été maintenue lors de la révision du 28 avril 1832 ; la nécessité d'un degré intermédiaire entre la mort et la peine temporaire ne me paraît pas contestable ; qu'on ne dise pas qu'en enlevant au condamné toute espérance de rentrer dans

le sein de la société et de se réconcilier avec elle, on lui enlève l'un des plus puissants mobiles d'amendement et de retour au bien : le droit de grâce est là ; l'espérance peut donc survivre ; sa réalisation est subordonnée à la conduite du condamné.

Le décret des 27 mars—16 avril 1852, annonce un nouveau mode d'exécution des travaux forcés.

La *déportation* consiste à être transporté et à demeurer à perpétuité dans un lieu déterminé par la loi, en dehors du territoire continental de la France. Cette peine était inconnue dans notre ancien Droit. Elle figure au nombre des peines afflictives dans le Code pénal du 25 septembre 1791 (I^{re} partie, titre 1^{er}, art. 29).

Je ne veux pas vous faire l'historique de la déportation pendant la Révolution. Elle fut plutôt une mesure politique qu'une pénalité. Elle avait d'abord été édictée comme peine de la récidive, mais elle ne reçut pas, à ce titre, d'exécution.

Le Code de 1810 maintint la déportation au nombre de ses peines ; mais la déportation, sous l'Empire et sous la Restauration, ne reçut pas plus d'exécution que sous l'empire du Code pénal de 1791. Les condamnés à la déportation restaient à la disposition du gouvernement ; ils étaient provisoirement renfermés dans la maison du Mont-Saint-Michel, et le provisoire se perpétuait indéfiniment faute d'un territoire convenable pour les recevoir. La loi du 28 avril 1832 régularisa cette substitution d'une peine à une autre ; elle décida, dans son art. 17, que tant qu'il n'aurait

pas été établi de lieu de déportation, ou lorsque les communications seraient interrompues entre le lieu de la déportation et la métropole, le condamné subirait à perpétuité la peine de la détention.

La loi du 9 septembre 1835 aggrava l'exécution par *équipollents* de la déportation ; elle décida, en effet, que, tant qu'il ne serait pas établi de lieu de déportation, le condamné serait détenu à perpétuité, soit dans une prison en France, soit dans une prison située hors du territoire continental, dans l'une des possessions françaises qui serait déterminée ultérieurement par une loi. Le choix entre ces deux modes de détention, en France ou hors de France, n'était pas laissé à la discrétion du pouvoir exécutif ; l'arrêt de condamnation devait exprimer le mode d'exécution. Sous ce rapport, il semble qu'il y avait déjà deux degrés dans la déportation.

Une loi du 8 juin 1850 a remplacé ces déportations fictives par la déportation réelle ; elle établit deux degrés de déportation : 1° la *déportation simple*, qui consiste à être transporté dans l'une des îles Marquises, dans l'île de Noukahiva ; le Gouvernement pourvoit à l'entretien des déportés, s'ils ne peuvent subvenir à cette dépense par leurs propres ressources et par les moyens de travail qu'il leur donne (art. 5 et 6) ; 2° la *déportation aggravée*, qui consiste à être détenu à perpétuité dans une enceinte fortifiée désignée par la loi hors du territoire continental de la France ; les déportés jouissent de toute la liberté compatible avec la nécessité d'assurer la garde de leur personne ;

ils sont soumis à un régime de police et de surveillance déterminé par un règlement d'administration publique (art. 1^{er}).

La vallée de Vaïthau, aux îles Marquises, est déclarée lieu de déportation pour l'exécution de la déportation aggravée.

Les travaux forcés à temps : Vous savez en quoi consiste la peine des travaux forcés. Le minimum de cette peine est de cinq ans, le maximum de vingt (art. 19).

La *détention* consiste à être enfermé dans une des forteresses situées sur le territoire continental de la France. C'est une peine introduite par la réforme du 28 avril 1832 ; elle se réduit à la privation de la liberté, du droit de locomotion. Les condamnés à la détention ne peuvent être assujettis à aucun travail, et les communications, soit entre eux, soit avec leurs parents ou amis, sont formellement autorisées, sauf l'observation des règlements. Le minimum de cette peine est de cinq ans, le maximum de vingt (art. 20).

La *réclusion* consiste dans la détention dans une maison de force où le condamné est astreint à des travaux, mais à des travaux moins pénibles que les travaux forcés, et dont le produit peut, pour partie, être employé à son profit ; le minimum de cette peine est de cinq ans et le maximum de dix (art. 21).

J'arrive aux peines seulement *infamantes*.

Le *bannissement* consiste dans la privation temporaire du Droit d'habiter le territoire français. Le condamné est transporté hors de France ; il conserve sa

liberté de locomotion partout ailleurs; la durée du bannissement est au moins de cinq ans et au plus de dix ans (art. 32). Le hanni, s'il ne peut parvenir à se faire recevoir en pays étranger, peut être détenu dans une prison française jusqu'à l'expiration de son ban.

La *dégradation civique* consiste dans la privation de la qualité de citoyen français ; elle entraîne la destitution du condamné de toutes fonctions, de tous emplois ou offices publics et le rend indigne de les remplir à l'avenir. Elle lui enlève ses droits de vote, d'éligibilité, le droit de porter aucune décoration ; elle lui enlève l'aptitude pour être expert , pour être employé comme témoin dans les actes et pour déposer en justice. Cette dernière disposition est très susceptible de critique. Ce n'est pas un Droit que la loi enlève, c'est une garantie dont elle prive ceux qui pourraient avoir besoin de cette déposition. Elle enlève au condamné la capacité de faire partie d'aucun conseil de famille, d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur, conseil judiciaire, sinon de ses propres enfants ; le droit de port d'armes, le droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école et d'être employé dans aucun établissement public ou privé, à titre de professeur, de maître ou de surveillant (art. 34).

Lorsque la dégradation civique est prononcée comme peine principale, il est toujours facultatif aux tribunaux d'y ajouter une peine d'emprisonnement qui ne peut excéder cinq ans ; si le coupable est un *étranger* ou un Français ayant *perdu* la qualité de

citoyen, la peine de l'emprisonnement est obligatoire (art. 35).

Si une femme française a encouru la peine de la dégradation civique, devra-t-elle nécessairement être condamnée à l'emprisonnement? Oui, d'après M. Rauter, parce qu'elle n'a pas la qualité de citoyen actif; non, suivant nous, parce qu'elle n'a pas *perdu* une qualité qu'elle n'a jamais eue.

Sous le Code de 1810, au nombre des peines infamantes était le *carcan*. Le condamné au carcan devait être conduit sur la place publique et exposé aux regards du peuple pendant une heure. Au dessus de sa tête devait être placé un écriteau portant, en caractères gros et lisibles, ses noms, sa profession, son domicile, sa peine et la cause de sa condamnation (art. 22 et 23).

Cette peine était, dans certains cas, une peine principale, en cas de récidive par exemple (art 56, 111, 177, 178, 228, 263). — La réforme du 28 avril 1832 a supprimé le carcan comme peine principale; le carcan était aussi, comme je vous le dirai bientôt, une peine accessoire; il a été remplacé, en 1832, comme peine accessoire, par l'exposition publique, qui a été elle-même depuis abolie (Décret du 12 avril 1848).

Quelle est la gravité comparative des peines principales en matière criminelle? L'ordre d'énumération est-il l'ordre de gradation? Quelle est, en un mot, l'économie de l'échelle pénale? N'y a-t-il pas une double échelle de peines? Une échelle pénale pour

les crimes communs et une échelle pénale pour les crimes purement politiques ?

J'ajourne ces questions, parce que je les examinerai avec plus de clarté et plus d'utilité pour vous, lorsque je traiterai de l'effet des circonstances atténuantes et de l'effet de la récidive.



ONZIÈME LEÇON.

PEINES ACCESSOIRES EN MATIÈRE CRIMINELLE.—Définition.—*Mort civile.*—*Dégradation civique.*—*Interdiction légale.*—*Renvoi sous la surveillance de la haute police.*—Historique de la *mort civile.*—La *mort civile* existait-elle dans le Code de 1791 et le Code de l'an IV ?—Art. 23 et 24 du Code Napoléon.—Art. 8 du Code pénal.—La *mort civile* est attachée à l'exécution de la déportation.—La détention substituée par le pouvoir exécutif à la déportation entraîne-t-elle la *mort civile* ?—Réforme de 1832.—Réserve du droit d'accorder aux déportés l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits.—Sa vraie signification.—Propositions de 1834 et de 1849, tendant à l'abolition de la *mort civile.*—La loi du 8 juin 1850 abolit la *mort civile* partiellement.—Quel est l'effet de cette loi sur les condamnations antérieures à la déportation ?—A quelle époque la *mort civile* est-elle encourue ?—Condamnations contradictoires.—Condamnations par contumace.—Sens de l'art. 28 Code Nap.—Loi du 2 janvier 1850.—Modification de l'art. 472.—Effet de la mort ou de l'arrestation du condamné dans la période de cinq ans depuis l'exécution fictive.—Arrestation ou comparution volontaire du condamné après les cinq ans, mais avant la prescription de la peine principale.—Mort du condamné après les cinq ans.—Art. 32 et 33 du Code Napoléon.—*Dégradation civique.*—De quel jour date-t-elle ?—Ne devrait-elle point être attachée aux peines perpétuelles ?—Elle est aujourd'hui attachée à l'irrévocabilité de la déportation simple et de la déportation aggravée.—La *dégradation civique* survit-elle à la prescription de la peine principale ?—Effet de l'arrestation ou de la comparution volontaire du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale.—Effet de la mort du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale.—Dissidence avec M. Demante.—*Interdiction légale.*—Son caractère.—Elle n'était attachée qu'à des peines temporaires.—Elle est aujourd'hui attachée à la déportation.—Commence-t-elle avant l'exécution effective de la peine ?—Art. 29 du Code pénal.—La condamnation par contumace exclut-elle l'interdiction légale ?—Dissidence avec quelques auteurs et notamment avec Boitard.—Effets de l'*interdiction légale.*—Mort du condamné par contu-

mace avant la prescription de la peine principale.—Ses effets, d'après M. Demante.—Objections.—Retour sur l'art. 27 Code Nap.—Etendue de l'incapacité résultant de l'*interdiction légale*.—Sanction de cette incapacité.—*Renvoi sous la surveillance de la haute police*.—Historique.—Code de 1810.—Avis du Conseil d'Etat des 4 août et 20 septembre 1812.—Réforme du 28 avril 1832.—Questions transitoires.—Durée du *renvoi sous la surveillance de la haute police*.—Art. 49 du Code pénal.—La peine accessoire du *Renvoi sous la surveillance de la haute police* est-elle prescriptible?—Abolition de la *marque* et du *carcan* comme peines accessoires.—Abolition de l'*exposition*.

MESSIEURS,

Je vous ai fait connaître les peines *principales* applicables aux crimes, et je me suis borné, à cet égard, à la reproduction des textes, ne trouvant pas grand profit pour vous dans de longues dissertations sur la valeur des peines établies par la loi. Je n'insiste, d'ordinaire, sur le Droit philosophique, qu'autant qu'il peut me rendre des services pour l'interprétation ; qu'il peut me conduire, comme légiste, à des applications pratiques.

Vous savez que les peines en matière criminelle se divisent en *peines principales* et en *peines accessoires* : j'ai aujourd'hui à vous faire connaître les *peines accessoires* ; les peines accessoires, dans la vérité du mot, n'appartiennent qu'à la classe des peines applicables aux crimes. Il n'y a pas de peines accessoires en matière correctionnelle et en matière de police.

Les *peines accessoires* sont des peines qui n'ont pas

besoin d'être prononcées, qui ne s'écrivent pas, qui ne doivent pas même s'écrire dans la condamnation, mais qui sont attachées, comme conséquence implicite, comme une sorte d'appendice, soit à l'exécution de certaines peines principales, soit à l'irrévocabilité de ces peines.

Les *peines accessoires*, en matière criminelle, sont au nombre de quatre : la *mort civile*, la *dégradation civique*, l'*interdiction légale* et le *renvoi sous la surveillance de la haute police* :

1° La *mort civile* est un legs du Droit romain. Sous notre ancien Droit, la *mort civile* pouvait résulter de trois causes : 1° de la profession religieuse dans un ordre approuvé par les lois du royaume ; 2° de l'expatriation ; 3° de certaines condamnations judiciaires à des peines perpétuelles (Ordonnance de 1670, titre XVII, art. 29 ; ordonnance d'août 1747, titre I^{er}, art. 24).

La *mort civile*, par suite de la première cause, n'a pas survécu au décret du 13—19 février 1790 ; — la *mort civile*, par suite de la seconde cause, a été appliquée aux émigrés par le décret du 28 mars 1793. Ce n'était pas une peine accessoire, c'était une peine principale. A partir de la loi du 4 nivôse an VIII, l'expatriation a cessé d'entraîner la *mort civile*.

La *mort civile* a-t-elle été maintenue par la législation intermédiaire, par le Code pénal du 25 septembre 1791 et par le Code du 3 brumaire an IV, comme conséquence tacitement attachée aux condamnations à des peines perpétuelles ?

La Cour de cassation, le 2 avril 1844 (1) a jugé que la condamnation à la mort naturelle entraînait la *mort civile*. Le Code de 1791 et le Code de l'an IV ne prononçaient pas d'autres peines perpétuelles que la mort.

La question semble, au premier aspect, bien peu digne d'intérêt ; qu'importe que la fiction s'ajoute à la réalité, que la *mort civile* accompagne la mort naturelle ?

Cela importe beaucoup, car de la solution de la question dépend le sort du testament du condamné.

La *mort civile* n'est pas, a-t-on dit, une peine isolée et indépendante ; en maintenant la mort naturelle, on a maintenu tacitement la *mort civile* qui en était la suite. Elle a survécu par cela seul qu'elle n'a pas été abrogée. Enfin on a argumenté des art. 464, 480 et 481 du Code du 3 brumaire an IV qui traitent des contumaces.

Je crois qu'on peut et qu'on doit répondre que, si la mort civile est une peine accessoire, elle est cependant une peine ; que, dès lors, elle ne peut résulter que d'un texte ; que l'absence de texte est d'autant plus significative, qu'il y a eu une refonte complète de l'ancien système des pénalités. Quant aux textes invoqués du Code du 3 brumaire an IV, ils s'appliquent même aux contumaces condamnés à des

(1) Sirey 44—1—447. M. Demante, *Cours analytique du Code civil*, approuve cet arrêt. M. Achille Morin émet une opinion contraire, *Répertoire*, v^o *Mort civile* ; mais il ne cite pas l'arrêt de la Cour de cassation.

peines temporaires ; donc ils règlent un état d'incapacité qui n'équivaut pas à la *mort civile*. L'art. 482 en est la preuve surabondante, puisqu'il n'ouvre la succession du contumax qu'au moment de sa mort naturelle, ou que cinquante ans après la date de sa condamnation.

Le Code Napoléon a rétabli la *mort civile* ; il ne l'a attachée comme conséquence qu'à l'exécution de la mort naturelle ; mais il annonçait que la mort civile pourrait être attachée comme conséquence à l'exécution de certaines peines perpétuelles (art. 23 et 24, Code Nap.).

L'art. 18 du Code pénal attachait la *mort civile* aux *travaux forcés à perpétuité* et à la *déportation* ; cependant il déclara que les condamnés à la *déportation* pourraient obtenir, dans le lieu où ils seraient déportés, l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits. Tant que la substitution de la *détention* à la *déportation* ne fut que l'œuvre du pouvoir exécutif, elle ne constituait pas une exécution légale, et, partant, elle n'entraînait pas la *mort civile*.

L'abolition de la *mort civile* fut vivement réclamée lors de la réforme de 1832. Cette question n'intéressait pas seulement la loi pénale ; elle fut ajournée.

Le gouvernement garda le droit d'octroyer la jouissance des droits civils ou de quelques-uns de ces droits aux condamnés à la *déportation*. La *déportation*, cependant, ne devait s'exécuter, vous le savez, que fictivement. La *détention* était, de fait, substituée à la *déportation*.

Le condamné pouvait-il obtenir la jouissance des droits civils ?

Oui incontestablement, si la concession était faite avant l'exécution de la peine ; ce n'était, en effet, qu'une remise de partie de la condamnation, et la grâce aurait eu cet effet, indépendamment de toute réserve législative (Art. 26 Code Nap.)

Mais après l'exécution, c'est-à-dire après l'entrée dans la forteresse où le condamné devait subir fictivement la *déportation*, la *mort civile* était encourue, des droits étaient acquis aux tiers, et certainement la loi n'avait pas entendu investir le Gouvernement du pouvoir exorbitant d'anéantir ces droits. La réserve n'avait été faite, bien évidemment, que dans la prévision qu'un jour la *déportation* deviendrait une réalité ; on pensait, avec raison, qu'il conviendrait d'appeler les déportés à la jouissance de certains droits civils, dans le lieu où la société les enverrait, pour y vivre d'une vie nouvelle.

En 1834, une proposition de remplacer la *mort civile* par des incapacités restreintes fut encore rejetée ; elle était l'œuvre de l'initiative parlementaire. En 1849, l'Assemblée législative fut saisie, par un de ses membres, d'une proposition tendant à abolir la *mort civile* ; cette proposition, objet d'un rapport favorable, n'eut pas de suites.

Une loi du 8 juin 1850 a été un premier pas vers cette abolition ; elle peut être considérée comme une abolition partielle. Elle n'attache plus la *mort civile*

comme peine accessoire à l'*exécution* de la *déportation*; elle attache à l'irrévocabilité de la *condamnation* à la *déportation*, la *dégradation civique* dont je m'occuperai bientôt.

Il est bien évident que cette loi n'abolit pas la *mort civile*, en tant qu'elle a été encourue par l'exécution, sous les lois antérieures, de la peine de la *déportation*. Mais affranchit-elle de la conséquence de la *mort civile* l'exécution de la condamnation à la *déportation*, prononcée sous la loi ancienne, lorsque cette exécution n'a lieu que sous la loi nouvelle?

On pourrait être tenté de le croire : en effet, la loi nouvelle est plus favorable; en second lieu il ne s'agit que de faire régir l'exécution et ses conséquences par la loi en vigueur au moment où la condamnation s'exécute.

Il n'en est pas ainsi pourtant : vous vous rappelez que l'art. 8 de la loi du 8 juin 1850 ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa promulgation. Eh bien ! quelle est la *déportation* dont l'exécution n'entraîne pas la *mort civile* ? C'est la *déportation* de la loi du 8 juin 1850, c'est la *déportation* à Noukahiva ou dans la vallée de Vaïthau. L'ancienne *déportation* conserve tous ses effets; l'ancienne condamnation reste avec toutes ses conséquences.

Depuis la promulgation de la loi du 8 juin 1850, la pensée d'abolir la *mort civile* a encore été l'objet des préoccupations législatives. Un savant professeur de la faculté de Droit de Paris, M. Demante, a fait sur

cette question un rapport remarquable dont les conclusions sont restées à l'état de projet (1).

Ce n'est pas seulement l'exécution de la déportation *simple*, c'est encore l'exécution de la déportation *aggravée* qui n'emporte plus la mort civile. La mort civile aujourd'hui n'est plus attachée, comme conséquence, qu'à l'exécution de la peine de mort et des travaux forcés à perpétuité.

Les effets de la *mort civile* sont indiqués dans l'art. 25 du Code Napoléon.

Cet article est-il limitatif ? N'y a-t-il pas à distinguer entre les droits naturels et les droits purement civils ?

Pour tout cela je vous renvoie au livre de notre savant maître, M. Demolombe. Je ne veux dire qu'un mot : c'est que l'expression de *mort civile* est bien impropre. Le condamné est si peu mort, même civilement, que la loi est obligée de prévoir le cas où il pourrait avoir des intérêts à débattre en justice et de lui organiser une représentation.

Quand la *mort civile* est-elle encourue ?

Il faut distinguer entre les *condamnations contradictoires* et les *condamnations par contumace*.

La condamnation est-elle contradictoire ? la *mort civile* n'est encourue que du moment de l'exécution ; si le condamné meurt, ou s'il obtient soit sa grâce, soit seulement une commutation de peine avant l'exécution, il n'aura jamais été frappé de mort civile.

(1) *Revue critique* 1853, p. 98.

Quand il s'agit de peine de mort, la *mort civile* ne date que du moment de la mort naturelle.

S'il s'agit de la peine des travaux forcés à perpétuité, la *mort civile* est encourue du jour de l'entrée au bagne.

Mais si les condamnations, quoique contradictoires, ne s'exécutent pas réellement, parce que le condamné se sera soustrait à leur exécution par la fuite, de quel moment datera la *mort civile* ?

Du jour de l'exécution par effigie, répond l'art. 26 du Code Napoléon.

Mais qu'est-ce qui constitue l'exécution par effigie des condamnations contradictoires ?

Le Code d'instruction criminelle est muet sur ce point. L'art. 472 de ce Code ne parle que de l'exécution par effigie des condamnations par contumace. Vous lirez cet article, c'est une sorte d'exposition fictive qu'il organise. On avait supprimé l'exposition réelle ; une loi du 2 janvier 1850 a supprimé l'exposition fictive, et a déterminé un autre mode d'exécution des condamnations par contumace. C'est ce mode d'exécution qu'il faut transporter par analogie aux condamnations contradictoires quand elles ne peuvent s'exécuter que fictivement, et ce sera du moment de cette exécution que datera la mort civile.

La condamnation dont l'exécution emporte la *mort civile* est-elle prononcée par contumace ? La mort civile ne commence qu'après l'expiration des cinq années qui suivent l'exécution fictive prescrite par la loi du 2 janvier 1850. Si le condamné se représente, est

arrêté ou meurt avant les cinq ans, il n'aura jamais encouru la *mort civile* ; il ne pourrait l'encourir que comme suite d'une nouvelle condamnation, s'il subissait une peine à laquelle elle fût attachée.

Est-ce à dire, toutefois, qu'il aura pu valablement exercer ses droits civils, s'il se représente, est arrêté ou meurt dans les cinq ans ?

Non ; l'art. 28 du Code Napoléon enlève au contumax, que la mort civile ne doit atteindre qu'au bout de cinq ans, *l'exercice* des droits civils, et cet *exercice* est confié par la loi à l'administration des domaines (art. 471, Cod. d'inst. crim.).

Cette privation de *l'exercice* des droits civils n'est pas conditionnelle ; elle n'est pas subordonnée à la non représentation ou à l'existence du condamné pendant les cinq ans. L'anéantissement de la condamnation par l'effet soit de la comparution volontaire, soit de l'arrestation, soit de la mort, pendant la période d'attente, n'empêche pas que le droit d'user de la capacité civile n'ait été temporairement paralysé ; il n'efface pas rétroactivement la privation de toute aptitude juridique *active*, parce que l'inertie à laquelle est réduit le contumax est, dans la pensée de la loi, la conséquence, non de la condamnation elle-même, mais de la contumace constatée par la condamnation, et est de plus le moyen de faire cesser cette contumace.

Les art. 29 et 31 du Code Napoléon ne sont, à mes yeux, qu'une explication de la véritable portée de l'art. 27 du même Code, aux termes duquel les con-

damnations par contumace n'emportent la *mort civile* qu'après les cinq années qui suivent l'exécution du jugement par effigie.

Je crois cependant devoir vous rappeler que l'opinion générale est que la privation de l'exercice des droits civils, résultant de l'art. 28 du Code Napoléon, est subordonnée à l'événement ultérieur de la *mort civile*. Ce n'est qu'avec beaucoup d'hésitation que je m'écarte de cette opinion, qui est celle de notre maître, M. Demolombe, et aussi celle que finit par adopter M. Demante (1).

Si l'agent se présente après les cinq ans, et qu'il ne soit condamné qu'à une peine n'emportant pas la *mort civile*, ou qu'il ne soit pas même condamné du tout, il sera rendu à la vie civile pour l'avenir, mais il n'en aura pas moins été mort pour le passé. Ainsi un nouveau jugement, même une déclaration d'innocence, ne serait pour lui qu'une réparation stérile et dérisoire. Propriétaire, il ne retrouvera pas ses biens; époux, il ne retrouvera pas sa femme; s'il se réunit à elle, ce ne sera que par le consentement de celle-ci, et il faudra que la loi intervienne pour consacrer cette union qui sera une union nouvelle; père, retrouvera-t-il ses enfants? Oui, puisqu'il rentre, pour l'avenir, dans la plénitude de ses droits civils, et que la rupture de ses liens de famille ne saurait être consi-

(1) *Cours de Code civil*, tome I^{er}, n° 227. *Cours analytique de Code civil*, pages 125 et 129. Dans le sens de la leçon, Marcadé, sur les art. 29 et 31.

dérée comme un droit acquis pour les tiers ; seulement la résurrection de ces liens ne rétroagira pas sur les conséquences accomplies dans le passé (1).

Si la condamnation nouvelle qui intervient, par suite d'une comparution ou d'une arrestation en dehors des cinq ans, emporte encore la *mort civile*, cette mort date du jour de l'expiration de la période quinquennale. Il n'y a pas eu d'interruption dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis la représentation volontaire ou forcée (2).

La mort du condamné par contumace, après l'expiration de la période d'attente, n'anéantirait pas la condamnation. Cela est d'évidence ; je l'indique cependant, et vous verrez bientôt pourquoi, quand je m'occuperai de la *dégradation civique* et de l'*interdiction légale*, conséquences d'une condamnation par contumace.

La *mort civile* a tous les effets de la confiscation à titre universel.

Aux termes de l'art. 33 du Code Napoléon, l'État hérite des biens acquis par le condamné depuis la *mort civile*, et cela, sous le prétexte qu'il n'a plus de famille ; il n'a plus de famille ? oui, la loi la lui a enlevée.

(1) *Sic*, M. Demolombe, t. I^{er}, n^o 232.

(2) M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, pages 134 et 135. — Zachariæ, tome I^{er}, page 326. — Coin-Delisle, art. 30, n^o 1^{er}.

Contra, M. Demolombe, n^o 229.

L'effet, sur la *mort civile*, de la réhabilitation, de l'amnistie, de la grâce, je vous l'indiquerai quand je m'occuperai de ces matières. Je me borne, en ce moment, à vous dire, qu'aux termes de l'art. 32 du Code Napoléon, la prescription de la peine principale ne réintègre point le condamné dans ses droits civils pour l'avenir. — C'est que la *mort civile* est une conséquence de l'exécution réelle ou fictive qui survit, comme fait, à la prescription, et que, si le condamné n'a pas effectivement subi la *peine principale*, il est au moins toujours resté sous le poids de la *peine accessoire*.

2° La *dégradation civique* : vous connaissez la dégradation civique comme *peine principale*, vous la connaissez donc comme *peine accessoire* ; ses effets sont absolument les mêmes. Cette peine, comme vous le savez, ne s'attaque pas au patrimoine du condamné ; elle ne confisque aucun de ses droits pécuniaires.

La *dégradation civique* est attachée, comme conséquence, à l'*irrévocabilité* de certaines peines, quand la condamnation est contradictoire ; à l'*exécution par effigie* de ces mêmes peines, quand la condamnation est par contumace.

Quelles sont les peines dont l'irrévocabilité ou l'exécution entraîne la *dégradation civique* ?

D'après l'art. 28 du Code pénal, ces peines étaient des peines temporaires ; c'étaient les *travaux forcés à temps*, la *détention*, la *réclusion* et le *bannissement*. Or, la *dégradation civique* est une peine indéfinie dans sa durée ; elle survit donc à la peine principale.

Avant la loi du 8 juin 1850 l'exécution de toutes les peines perpétuelles entraînait la mort civile ; — voilà pourquoi on n'avait pas attaché à ces peines la dégradation civique. — Mais si les peines perpétuelles étaient remises ou commuées avant *l'exécution*, la mort civile n'était pas encourue, et, suivant des auteurs graves, la dégradation civique ne l'était pas non plus, au moins dans le silence des lettres de grâce ou de commutation, puisqu'il n'y avait pas eu *condamnation* aux peines temporaires qui l'entraînent. La dégradation étant une conséquence tacitement attachée à certaines peines, je serais porté à penser qu'elle est la condition de ces peines, quand le condamné les subit en vertu de lettres de commutation (1).

Aujourd'hui toutes les peines perpétuelles n'ont plus pour conséquence la mort civile. D'après l'art. 3 de la loi du 8 juin 1850, la déportation simple ou aggravée n'emporte plus que la dégradation civique qui date, soit de l'irrévocabilité de la condamnation, soit de l'exécution par effigie, suivant nos distinctions.

La *dégradation civique* survit-elle à la prescription de la peine principale ?

Oui, il faut appliquer par analogie l'art. 31 du Code Napoléon. Cette solution ne saurait être douteuse pour l'école qui fonde la prescription de la peine sur

(1) *Sic*, Paris, 25 août 1852. *Pal.*, 1853-4, p. 675. — *Contra*, Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, p. 167, 3^e édition.

une *présomption d'expiation*. En effet, si la dégradation civique survit à l'expiation légale, à plus forte raison doit-elle survivre à l'expiation présumée.

J'ajourne mes explications sur l'influence de la grâce, de la commutation de peine, de l'amnistie et de la réhabilitation.

Si le condamné par contumace à une peine, dont l'exécution fictive a entraîné la dégradation civique, se présente ou est arrêté dans les vingt ans, sa condamnation tombe avec tous ses effets (art. 476, Code d'instruction criminelle). La dégradation civique est effacée; mais est-elle effacée pour le passé? N'est-elle point effacée pour l'avenir seulement?

Il n'en est pas de la dégradation civique comme de la mort civile. L'effet de la dégradation civique n'est pas suspendu pendant cinq ans; en revanche l'anéantissement de la condamnation par contumace, à toute époque, détruit rétroactivement la dégradation civique. Cela n'est pas sans importance; car si, par exemple, le contumax avait été témoin dans un acte, l'acte ne serait affecté d'aucun vice. Je ne crois pas que cette solution contredise celle que j'ai admise pour la privation de l'exercice des droits civils, dans le cas de l'art. 28 du Code Napoléon : en effet, l'incapacité de l'art. 28 n'est pas une peine accessoire attachée à une peine principale et devant, par suite, tomber avec sa cause : c'est une incapacité spéciale édictée, pour une situation temporaire, par la loi civile.

Quid si le condamné par contumace à une peine,

dont l'exécution fictive a entraîné la dégradation civique, mourait dans les vingt ans?

Un auteur grave (1) professe que la dégradation civique est rétroactivement effacée.

Il me semble bien difficile d'accepter cette solution. L'art. 476 du Code d'instruction criminelle n'anéantit la condamnation par contumace qu'autant que le condamné se représente ou est arrêté dans les vingt ans. Si la mort réelle, dans les cinq ans de l'exécution par effigie, prévient la mort civile, c'est que la mort civile n'était pas encourue ; mais la dégradation civique date du jour de l'exécution par effigie. Il n'y a qu'une condition résolutoire : la représentation volontaire ou forcée.

3° *L'interdiction légale.* *L'interdiction légale* ne doit pas être confondue avec *l'interdiction* de la totalité ou de partie *des droits civiques, civils et de famille*. *L'interdiction légale*, en effet, est une peine accessoire d'une autre peine afflictive et infamante. *L'interdiction des droits civiques, civils ou de famille*, est une peine correctionnelle principale.

L'interdiction légale est une peine d'un caractère spécial ; elle dure autant que la peine à laquelle elle est attachée. D'après l'art. 29 du Code pénal, elle n'était attachée qu'à des peines temporaires, à la peine des travaux forcés à temps, à la peine de la détention et à la peine de la réclusion. Aujourd'hui, en vertu

(1) M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, p. 148, n° 72 bis.

de la loi du 8 juin 1850, elle est attachée à la déportation simple et à la déportation aggravée.

Cette peine accessoire ne fait pas double emploi avec la peine de la *dégradation civique*. Cette dernière peine, vous le savez, laisse intact le patrimoine du condamné et n'enlève pas même le droit d'administration de ce patrimoine ; ainsi le condamné pourrait user de ce droit d'administration pour paralyser ou pour adoucir au moins la peine afflictive : l'*interdiction légale* dépouille le condamné de l'exercice de ses droits sur sa fortune ; elle substitue à sa gestion une gestion étrangère.

Pour les condamnations contradictoires l'*interdiction légale* date du jour de leur irrévocabilité.

De ce que l'art. 29 du Code pénal dit que cette *interdiction* a lieu pendant la *durée* de la peine, gardez-vous de conclure qu'elle ne commence que du jour où la peine principale reçoit son exécution effective. Si le condamné contradictoirement s'évade, se soustrait à la peine principale, il ne conquiert pas, par sa résistance à la loi, l'exercice du droit d'administration ; c'est dans ce cas surtout qu'il importe de ne pas lui laisser la disposition de ressources qui encourageraient et alimenteraient sa désobéissance. Mais l'*interdiction légale* ne survivrait pas à la prescription de la peine.

L'*interdiction légale* est-elle une conséquence des condamnations par contumace à la déportation, aux travaux forcés à temps, à la détention et à la réclusion ?

Non, dit-on généralement (1).

Cette opinion est contraire aux termes de l'art. 29 du Code pénal, qui ne fait pas de distinction. Il est bien vrai que la dernière disposition de cet article est inapplicable, parce que l'art. 471 du Code d'instruction criminelle exclut l'organisation d'une tutelle; cet article pourroit autrement, comme le fait remarquer M. Demante, à l'administration des biens : la loi n'a pas voulu laisser à la famille du condamné l'administration d'une fortune dont elle eût pu faire un emploi contraire aux intérêts de la justice; elle a séquestré les biens, justement pour avoir une garantie meilleure de l'interdiction qu'elle prononçait.

L'*interdiction légale* n'est pas attachée aux peines qui ne sont qu'infamantes.

Quel est l'effet de l'*interdiction légale* ?

Une théorie dit que l'*interdiction légale* n'enlève au condamné que le droit d'administrer ses biens, qu'elle lui laisse le droit de disposition entre vifs et testamentaire (2). Le condamné alors n'aurait pas les revenus, mais pourroit se procurer le capital; il aliénerait et toucherait le prix.

Il est vrai que cette théorie n'est admise par quelques auteurs qu'avec un tempérament : les actes de disposition ne recevraient pas d'exécution au préjudice du séquestre; non, mais l'acte apparent cacherait l'acte véritable, et, si le condamné ne recevait

(1) Chauveau et Faustin-Hélie, t. I^{er}, p. 168. Boitard, n^o 89.

(2) Achille Morin, V^o *Interdiction*.

pas tout le prix, il en recevrait une partie. Quel encouragement pour les simulations et les fraudes !

Une seconde théorie dit que l'*interdiction* enlève au condamné l'aptitude juridique pour faire tous les actes qui peuvent être faits par intermédiaire, par représentant, mais qu'elle lui laisse l'exercice des droits qui sont exclusivement personnels, le droit de se marier, de faire un testament ; on ne saurait considérer ces droits comme des moyens de se créer des ressources (1).

Je crois que le condamné à une peine qui emporte l'*interdiction légale* est, pendant toute la durée de sa peine, incapable de tous les actes de la vie civile ; si la loi n'a nulle part indiqué les conséquences de l'*interdiction légale*, c'est qu'elle s'est référée aux conséquences de l'*interdiction judiciaire*, c'est qu'elle a entendu assimiler, quant aux effets, les deux *interdictions*.

Quelle est la sanction de cette incapacité générale résultant de l'*interdiction légale* ?

Une théorie dit que les actes faits par l'interdit légalement sont des actes boiteux, qu'ils sont opposables aux tiers, mais qu'ils ne sont pas opposables à l'interdit ; c'est-à-dire que l'incapacité, qui est une peine, va devenir une protection : elle profiterait à celui contre lequel elle aurait été prononcée !

Une autre théorie, qui est le contrepied de la pre-

(1) M. Demolombe, n° 192. M. Valette sur Proudhon, t. II, d. 551. M. Demante, t. I^{er}, n° 145.

mière, dit que la nullité est proposable par les tiers et non proposable par l'interdit; alors les tiers contracteront avec l'interdit, à des conditions tellement avantageuses pour eux, qu'il y aura toute certitude qu'ils n'opposeront jamais la nullité. Le but de la loi ne sera pas atteint : pourquoi donc s'écarter de l'art. 1125 du Code Napoléon?

Je crois, avec MM. Demolombe et Demante, que la nullité des actes faits par l'interdit est opposable et par l'interdit et par les tiers. La nullité est une nullité d'intérêt social ; il faut qu'elle puisse être opposée par tout le monde pour qu'elle ait de l'efficacité.

J'ai dit que l'*interdiction légale* ne survivait pas à la prescription de la peine principale. Mais la prescription efface-t-elle l'*interdiction légale* pour le passé ?

Non, l'*interdiction légale*, comme la mort civile, comme la dégradation civique, a été subie, et on ne prescrit pas contre une peine qui s'exécute.

La mort du condamné, avant les vingt ans de la condamnation par contumace, efface-t-elle l'*interdiction légale* pour le passé ?

Oui, dit un savant professeur ; et il applique sa théorie sur la dégradation civique (1).

Je ne puis encore accepter cette solution. La condamnation par contumace n'est pas anéantie par la mort du condamné dans les vingt ans.

Mais au moins, l'arrestation du contumax ou sa

(1) M. Demante, t. 1^{er}, p. 148.

comparution volontaire dans les vingt ans efface-t-elle rétroactivement l'*interdiction légale* ?

Oui, il faut appliquer l'art. 476 du Code d'instruction criminelle.

Cette solution est-elle conciliable avec celle que j'ai proposée pour la privation de l'exercice des droits civils, quand le condamné à une peine emportant mort civile se représente ou meurt dans les cinq ans ?

Il semble que non ; la contradiction n'est qu'apparente : la privation des droits civils de l'art. 27 du Code Napoléon n'est pas la suite d'une peine principale, qui n'aura jamais été encourue ; elle est la conséquence de la contumace, que cette contumace soit ou ne soit pas imputable au condamné ; l'*interdiction légale*, au contraire, est subordonnée, elle, à la condition que la peine principale ait frappé l'agent et ait été méritée par lui. Voilà ce qui explique la différence de mes deux solutions.

4° *Le renvoi sous la surveillance de la haute police.*

La peine accessoire du *renvoi sous la surveillance de la haute police* offre à notre étude plusieurs questions. Quel est le caractère principal qui différencie cette peine des autres peines accessoires ? En quoi consiste-t-elle ? Quelle est son origine et quelle est sa durée ? est-elle susceptible de se prescrire ?

Les trois peines accessoires que j'ai déjà étudiées, résultent soit de l'irrévocabilité, soit de l'exécution de la peine principale ; le *renvoi sous la surveillance de la haute police* ne commence que du jour où le condamné est libéré de la peine principale ; aussi,

l'art. 47 du Code pénal n'attache-t-il le *renvoi sous la surveillance de la haute police* qu'à des peines temporaires, aux travaux forcés à temps, à la détention et à la réclusion. De là, des auteurs ont conclu que lorsque les peines perpétuelles sont commuées en peines temporaires, emportant la surveillance, la peine accessoire n'est pas encourue à moins d'expression contraire dans les lettres de commutation ; l'agent n'a pas, en effet, été *condamné* à la peine qui entraîne le *renvoi sous la surveillance de la haute police*, et l'art. 47 semble exiger la *condamnation*.

Je vous ai déjà fait remarquer que la peine accessoire, dérivant non de la *condamnation*, mais de l'*irrévocabilité* ou de l'*exécution* de la peine principale, suit cette peine, de quelque titre qu'elle résulte.—Si la peine des travaux forcés à perpétuité était convertie en peine des travaux forcés à temps, est-ce que l'agent, pendant la durée de cette dernière peine, ne serait pas dans les liens de l'interdiction légale ?

La peine du *renvoi sous la surveillance de la haute police* est restrictive du droit de locomotion ; le gouvernement peut interdire au condamné d'habiter et même de se présenter dans certains lieux ; en dehors de la zone de prohibition, le condamné peut se choisir un domicile ; mais au moment de sa libération, il doit faire connaître son choix ; il reçoit une feuille de route qui règle l'itinéraire dont il ne peut s'écarter et la durée de son séjour dans chaque lieu du passage. Il est tenu de se présenter dans les vingt-

quatre heures de son arrivée, devant le maire de la commune. Il ne peut changer de résidence sans avoir indiqué, trois jours à l'avance, au maire, le lieu où il se propose d'habiter, et sans avoir reçu de lui une nouvelle feuille de route.

La violation de ces prescriptions expose à l'application d'un emprisonnement dont le maximum est de cinq ans.

Dans l'ancien Droit il existait une peine spéciale et non accessoire, qui avait beaucoup d'analogie avec le *renvoi sous la surveillance de la haute police*. C'était la peine d'*interdiction de lieu* ; on l'appliquait aux auteurs de menaces ou injures graves pouvant entraîner des inimitiés capitales ; cette peine a été abolie par le Code pénal du 25 septembre 1791 (1). N'a-t-elle pas été ressuscitée sous un autre nom ?

On trouve le *renvoi sous la surveillance de la haute police* écrit dans le sénatus-consulte organique, du 28 floréal an XII ; la haute Cour de justice prononçait le *renvoi* contre les accusés acquittés mais suspects.

Un décret du 19 ventôse an XIII applique cette peine aux forçats libérés.

Le décret du 17 juillet 1806 l'aggrava en enlevant au condamné le choix de sa résidence ; le Code de 1810 établit comme règle générale que le condamné libéré pourrait échapper à toute surveillance, en fournissant un cautionnement dont le *quantum* serait fixé par l'arrêt de condamnation ; faute de fournir ce

(1) Art. 35, première partie, titre I^{er}.

cautionnement, le condamné demeure à la disposition du gouvernement qui a le droit d'ordonner soit son éloignement d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départements du royaume.

Il semble résulter de ce texte que le condamné avait un droit acquis à l'affranchissement de toute surveillance en fournissant un cautionnement; cependant, deux avis du Conseil d'État des 4 août et 20 septembre 1812 décident deux choses :

1° Que, lorsque le cautionnement n'est pas déterminé par l'arrêt de condamnation, le ministère public et la partie civile ont seuls droit de faire réparer cette omission, en ressaisissant la juridiction qui avait statué ;

2° Que, dans le cas même où la quotité du cautionnement avait été déterminée, il dépendait encore du gouvernement et de la partie civile, en ne réclamant pas la somme indiquée, d'enlacer le condamné dans les liens de la *surveillance de la haute police*.

Ainsi entendu, le droit du condamné était presque illusoire; j'ajoute à cela que l'avis du Conseil d'État pouvait donner lieu à une difficulté : si l'option appartenait au gouvernement et à la partie civile, en cas de désaccord sur l'exercice de cette option, à qui définitivement appartenait le choix ?

Je vous ai dit ce qu'est le *renvoi sous la surveillance de la haute police*, en vertu de l'art. 44 du Code pénal, révisé par la loi du 28 avril 1832 ; la révision a donné lieu à quelques questions transitoires

que j'indique à cause de l'intérêt qu'elles ont encore, et surtout à raison des principes qu'elles mettent en jeu.

Quel est le sort de l'agent condamné sous l'empire du Code de 1810, libéré avant la loi du 28 avril 1832?

Il peut se soustraire à la surveillance de la police en fournissant le cautionnement. La loi de 1832 ne peut lui enlever le droit acquis en vertu de la loi qui a présidé à sa condamnation ; elle ne saurait rétroagir à son préjudice. La même solution est applicable au condamné sous l'empire de la loi de 1810, qui n'a été libéré que sous l'empire de la loi de 1832.

La peine de la *surveillance* succède sans doute à la peine principale ; cependant ce n'est pas la loi sous laquelle elle commence, mais la loi contemporaine de la condamnation qui la régit ; que si le condamné, qui a le droit de s'affranchir de la *surveillance* par le cautionnement, ne peut en fournir un, la *surveillance* sera réglée non par la loi de 1810, mais par la loi de 1832 qui lui laisse plus de liberté. En matière de pénalité, tout ce qui excède les besoins sociaux excède le droit social (1).

Le Code de 1810 portait, qu'en cas de rupture de ban, le condamné subirait un emprisonnement administratif dont la durée ne pourrait excéder le temps pendant lequel il devait rester sous la *surveillance de la haute police*. Sous la loi de 1832 la rupture de ban continue de faire encourir l'emprisonne-

(1) Ar. Conseil d'État, 7 novembre 1832.

ment ; seulement cette peine, dont le maximum est de cinq ans, doit être prononcée par les tribunaux correctionnels.

Quelle sera donc la peine encourue si le condamné, qui subit la peine de la surveillance de la haute police, par suite d'un jugement rendu sous la loi de 1810, est surpris en rupture de ban sous la loi de 1832 ?

Je pense que la peine portée par la loi de 1832 sera seule applicable ; car s'il est de principe que les lois défavorables ne rétroagissent pas, la rupture de ban constitue, sous la loi de 1832, un délit spécial. Que l'obligation de ne pas se soustraire aux regards de la police résulte d'une loi antérieure ou de la loi de 1832, peu importe : le non accomplissement de l'obligation, sous cette dernière loi, constitue un délit, le délit de rupture de ban ; partant ce sera toujours l'emprisonnement judiciaire qu'on appliquera.

Je vous ai dit que le *renvoi sous la surveillance de la haute police* est la conséquence tacite de toute condamnation aux travaux forcés à temps, à la réclusion, à la détention et au bannissement ; attachée aux trois peines afflictives temporaires, la *surveillance* est perpétuelle (art. 47) ; attachée à la peine infamante seulement, la *surveillance* n'a qu'une durée égale à celle de la peine principale (art. 48).

Le renvoi sous la surveillance de la haute police est une peine *complémentaire*, obligatoire dans toute condamnation pour crimes ou délits intéressant la sûreté intérieure ou extérieure de l'État ; cette peine n'est pas *accessoire* puisqu'elle doit être prononcée,

et est d'ailleurs attachée, non à la nature de la peine principale, mais à la nature de l'infraction, quelle que soit la peine applicable ou appliquée, ne fût-ce qu'une peine correctionnelle.

L'art. 49 ne fixe pas la durée de cette surveillance. L'art. 49 employant les mots *même surveillance*, un auteur a conclu de ces mots que la surveillance attachée aux infractions contre la sûreté de l'État était temporaire, comme la surveillance accessoire de l'art. 48. On a répondu, avec beaucoup de raison, que l'art. 48, employant déjà les mots *même surveillance*, se réfère à l'art. 47, qui s'occupe d'une surveillance perpétuelle. L'expression *même* se réfère donc à la nature de la peine de la surveillance et non à sa durée.

La question de durée ne se présentera pas, quand la peine de l'infraction prévue par l'art. 49, sera l'une des peines des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion ou du bannissement, puisque cette durée sera alors déterminée soit par l'art. 47, soit par l'art. 48. — Mais, quand, à raison de l'admission des circonstances atténuantes pour les crimes, ou à raison du caractère de l'infraction qui ne constituera qu'un délit, la peine appliquée sera une peine correctionnelle, que devra-t-on décider ?

Puisque la loi est muette, je crois que de ce silence on peut conclure que le juge est autorisé à prononcer une surveillance perpétuelle ou temporaire. Cette question appartient aux peines communes à plusieurs classes d'infractions, et je ne l'ai placée ici que

parce qu'elle sera pour vous d'une intelligence plus facile.

La peine de *la surveillance* est imprescriptible, si long que soit le délai pendant lequel le condamné est parvenu à se soustraire aux obligations qu'elle impose ; quand elle n'est que temporaire, son exécution ne peut être cependant réclamée que pendant la période qui est assignée à sa durée et qui suit ou l'expiration, ou la prescription, ou la remise de la peine principale.

Je ne vous parle pas de la *marque*, que l'art. 19 du Code de 1810 attachait comme peine accessoire à la peine des travaux forcés à perpétuité, et que l'art. 56 attachait à la récidive lorsque la récidive entraînait la substitution des travaux forcés à temps à la peine de la réclusion.

Cette peine a été abolie par la loi du 28 avril 1832. Ce cachet et, comme on l'a si bien dit, ce signallement d'infamie, cette flétrissure matérielle, indélébile, était un lien indestructible qui enchaînait le condamné à la dégradation morale ; c'était un supplice incessant et irréparable.

Je ne vous parle pas non plus du *carcan*, peine accessoire que l'art. 22 du Code de 1810 attachait aux peines des travaux forcés à perpétuité, des travaux forcés à temps et de la réclusion. La réforme de 1832 a substitué au *carcan*, comme peine accessoire, l'*exposition*, qui ne diffère du *carcan* qu'en ce qu'il n'y a pas nécessité d'attacher le condamné à un poteau.

La loi de 1832 investissait la Cour d'assises du

droit de détacher, par une disposition expresse, l'exposition de la peine des travaux forcés à temps et de la réclusion, si le condamné n'était pas en état de récidive. L'art. 165 du Code pénal semblait interdire l'exercice de ce Droit quand la condamnation aux travaux forcés à temps ou à la réclusion était prononcée pour faux, même contre un non-récidiviste.

L'exposition était, sans doute, une peine excellente dans le système qui ne s'occupe que de la prévention et de l'exemplarité, mais, et tous les criminalistes en ont fait l'observation, son action était d'autant plus forte et plus cruelle qu'elle tombait sur un agent qui n'avait pas abdiqué tout sentiment de dignité, qui n'était pas encore mort à tout sentiment d'honneur. Elle enlevait, d'ailleurs, tout courage pour se relever d'une infamie qui avait été donnée en spectacle à la curiosité publique.

Un décret du 14 juin 1848 a aboli la peine de l'exposition.

DOUZIÈME LEÇON.

INDICATION GÉNÉRALE DES MATIÈRES DE LA LEÇON.—Peines correctionnelles. Peines de simple police.—Peines communes à plusieurs classes d'infractions ou même à toutes les classes d'infractions. — Point de départ de la durée des peines principales — Garantie des condamnations pécuniaires. Peines correctionnelles.—*Emprisonnement*.—*Interdiction des droits civils, civiques et de famille* (art. 40, 41, 42, et 43, Code pénal). — Peines de simple police (art. 464, Code pénal).—L'*amende* et la *confiscation* ne sont pas des peines spéciales aux matières de police.—En quoi l'emprisonnement, peine de police, diffère-t-il de l'emprisonnement, peine correctionnelle ? — Peines communes à plusieurs classes d'infractions, ou même à toutes les classes d'infractions.—*Renvoi sous la surveillance de la haute police* (art. 49 et 50, Code pénal).—*Amende* dont la quotité n'est pas déterminée.—*Quid* quand ces amendes sont écrites dans des lois spéciales antérieures à la promulgation du Code pénal ? — Distinction.—Dissidence avec quelques auteurs. L'amende prononcée par un jugement insusceptible de recours, est-elle exécutoire contre l'héritier ? — Confiscation spéciale (art. 41, Code pénal). Mort du condamné pendant que la condamnation était encore susceptible de recours.—Point de départ de la durée des peines principales (art. 23, Code pénal).—Droit commun.—Exception de l'art. 24, Code pénal, pour les condamnations à l'emprisonnement en cas d'emprisonnement préventif.—Difficultés sur l'art. 24. — Controverse.—Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les incidents contentieux d'exécution ? — Point controversé.

Garanties d'exécution des peines pécuniaires.—Solidarité (art. 51, Code pénal).—Contrainte par corps (art. 52 et 53, Code pénal). Loi du 17 avril 1832 (art. 33 à 41). Loi du 13 décembre 1848 (art. 8, 9 et 12).—

Solution sous les trois lois successives des trois questions qui dominent la matière. — Difficulté de compétence.

MESSIEURS,

Je me propose aujourd'hui de vous faire connaître : 1° les peines correctionnelles, les peines de simple police et les peines applicables à plusieurs classes ou même à toutes les classes d'infractions ; 2° le point de départ de la durée des diverses peines principales temporaires ; 3° les garanties que la loi attache à l'exécution des peines pécuniaires.

Les peines en matière correctionnelle sont : 1° l'*emprisonnement* temporaire dans une maison de correction ; 2° l'*interdiction à temps de certains droits civils, civiques ou de famille*.

L'*emprisonnement* : tout emprisonnement n'est pas une peine ; l'emprisonnement n'est souvent qu'une mesure d'instruction, une garantie que l'inculpé ne se dérobera pas au jugement, qu'il sera à la disposition de la justice pour y être interrogé, et qu'il ne pourra, par ses démarches, paralyser les efforts faits pour arriver à la découverte de la vérité. Cet emprisonnement s'appelle l'*emprisonnement préventif* : il n'a aucun caractère pénal : « *Infamiae detrimentum* » « *minime tibi affertur ob id solum quod in carcerem* » « *conjectus es,* » disait la loi romaine (1).

(1) L. 1, Cod, *ex quib. caus. infam. irrog.* — V. aussi L. 1, Cod. *de custod. reor.*

L'*emprisonnement*, dans l'origine, n'était jamais une peine : aujourd'hui il est peut-être la peine le plus souvent appliquée, celle sur le mérite de laquelle les criminalistes semblent au moins s'accorder.

Je n'ai à m'occuper de l'*emprisonnement* qu'en tant qu'il constitue une peine.

L'*emprisonnement* consiste dans la détention, comme la réclusion, mais diffère de la réclusion en ce que cette détention a lieu dans une maison de correction, tandis que la réclusion a lieu dans une maison de force. Au reste, la différence est plus dans la pensée de la loi que dans la réalité des choses, puisque nos maisons centrales, en vertu d'une ordonnance du 2 avril 1817, sont, tout à la fois, maisons de force et de correction.

Les condamnés à un *emprisonnement* d'une année et plus sont seuls conduits dans la maison de correction. Les condamnés à moins d'une année d'*emprisonnement* subissent leur peine dans la maison d'arrêt ou de justice dont le caractère est défini dans les art. 603 et 604 du Code d'instruction criminelle.

Les condamnés à l'*emprisonnement* sont employés à l'un des travaux de la maison dans laquelle ils subissent leur peine, et ils ont le choix entre ces divers travaux. Le produit de leur travail individuel a une triple destination. Une partie de ce produit est consacrée à subvenir aux dépenses de l'établissement ; une autre partie est remise successivement au condamné pendant l'exécution de sa peine, pour qu'il

s'en serve à améliorer sa situation ; enfin, une dernière partie est capitalisée, et n'est remise au condamné qu'après l'expiration de sa peine. C'est un petit pécule à l'aide duquel il pourra vivre pendant qu'il cherchera de l'ouvrage ; c'est une économie forcée qui lui donnera peut-être le goût de l'économie volontaire ; c'est un commencement de propriété qui le rattachera peut-être aux idées d'ordre qui peuvent l'accroître et le développer. Mais quelles sont les proportions suivant lesquelles le partage est établi ? Ces proportions sont déterminées par un règlement d'administration publique.

Le minimum de la peine correctionnelle d'emprisonnement est de six jours ; mais l'art. 463, n° 9, du Code pénal permet toujours de réduire l'emprisonnement au-dessous de ce minimum. Pour certains délits la loi a fixé un minimum plus élevé que six jours et un maximum moins élevé que cinq ans.

La peine d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures ; la peine d'un mois d'emprisonnement est de trente jours.

L'interdiction temporaire de certains droits civils, civis et de famille consiste dans la privation de tout ou partie des droits énumérés dans l'art. 42. En comparant cet article avec l'art. 34, qui indique les droits dont on est privé par la *dégradation civique*, on voit que les droits dont le condamné peut être privé en matière correctionnelle sont absolument les mêmes que ceux dont il est question dans l'art. 34. Mais la peine correctionnelle de l'*interdiction des droits*

civils, civiques et de famille diffère de la *dégradation civique* en trois points : 1° la *dégradation civique* est perpétuelle ; l'*interdiction des droits civils, civiques et de famille* est temporaire ; 2° la *dégradation civique* consiste dans la déchéance de tous les droits énumérés en l'art. 34 ; l'*interdiction* ne fait perdre que ceux des droits dont parle l'art. 42, qui sont mentionnés au jugement de condamnation ; 3° enfin, la *dégradation civique* est une peine *infamante*, et l'*interdiction des droits civils, civiques et de famille* est une peine *correctionnelle*.

Cette interdiction ne peut être prononcée que quand la loi l'ordonne ou le permet : car, les peines correctionnelles n'entraînant par elles-mêmes aucune incapacité, il faut qu'une incapacité spéciale soit prononcée par un jugement spécial, en vertu d'une disposition spéciale.

Les peines de simple police sont, d'après l'art 464 du Code pénal, l'*emprisonnement*, l'*amende* et la *confiscation de certains objets saisis*. Je retranche d'abord l'*amende* et la *confiscation*, parce que ces peines sont des peines communes aux matières criminelle, correctionnelle et de police ; quant à l'*emprisonnement*, il semblerait qu'il ne diffère de l'*emprisonnement*, peine correctionnelle, que par la durée. Le minimum est d'un jour et le maximum de cinq jours. S'il en était ainsi j'aurais dû ne pas parler de l'*emprisonnement* comme peine correctionnelle, et renvoyer son explication à l'explication des peines communes à certaines classes d'infraction.

Mais je crois, avec M. Rauter (1), que l'*emprisonnement*, peine de simple police, est séparé de l'*emprisonnement*, peine correctionnelle, à savoir parce qu'il n'astreint le condamné à aucun travail.

Les peines communes aux matières criminelles et correctionnelles sont :

Le *renvoi sous la surveillance spéciale de la haute police*, l'*amende* et la *confiscation spéciale*, soit du corps du délit, quand la propriété en appartient au condamné, soit des choses produites par le délit, soit de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre (art. 11, Code pénal).

L'*amende* et la *confiscation spéciale* sont aussi des peines communes aux matières de simple police (464 et 470 Code pénal).

Le *renvoi sous la surveillance de la haute police* est le plus souvent, comme je vous l'ai déjà expliqué, une peine accessoire qui résulte tacitement de l'irrévocabilité de la condamnation à certaines peines afflictives et infamantes ou infamantes seulement; mais il peut quelquefois être prononcé comme peine distincte et indépendante, isolément de toute autre peine.

Vous pouvez lire les art. 100, 108, 138, 144 et 271. Dans tous ces articles, sauf le dernier, l'agent est déchargé de la responsabilité pénale, à raison soit de services qu'il est réputé avoir rendus à la société, services qui, en grande partie, ont racheté sa faute,

(1) Rauter, n° 177.

soit de ce qu'il n'a pas persévéré dans un acte dangereux, et il est seulement exposé à l'application du renvoi sous la surveillance de la haute police, temporaire ou à perpétuité, qui n'est cependant que facultative.

Le *renvoi sous la surveillance de la haute police* est quelquefois une peine complémentaire, c'est-à-dire une peine qui n'est pas attachée comme conséquence à certaines peines, mais qui s'ajoute à des condamnations, pour une certaine classe d'infractions ; vous pouvez lire l'art. 49 du Code pénal ; le *renvoi*, dans le cas de l'art. 49, dont je vous ai parlé par anticipation, parce que j'avais à le rapprocher des art. 47 et 48, doit être prononcé ; il est obligatoire dans toutes les condamnations pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat.

Le *renvoi sous la surveillance de la haute police de l'Etat* ne peut être prononcé que dans les cas où la loi l'impose ou l'autorise ; l'art. 50 du Code pénal dit qu'il ne peut être prononcé que dans les cas où la loi l'a permis. Mais les art. 58 et 282 de ce Code, prouvent que le renvoi sous la surveillance de la haute police est quelquefois rendu obligatoire comme *peine complémentaire*.

En quoi consiste le *renvoi sous la surveillance de la haute police* ? Je vous l'ai dit lorsque je me suis occupé de cette peine comme peine accessoire. C'est en effet, comme peine accessoire, qu'elle a surtout une grande importance.

L'*amende* consiste dans l'obligation de payer une certaine somme à l'Etat.

La loi ne détermine pas toujours la quotité de l'*amende* ; quelquefois elle n'indique qu'un minimum, quelquefois même elle n'indique ni maximum ni minimum.

L'*amende*, en matière de simple police, a pour minimum 1 fr. et pour maximum 15 fr.

En matière correctionnelle le minimum de l'*amende* est de 16 fr.

Quand la loi ne prononce une *amende* que d'une manière indéterminée, que faut-il faire ? Il faut adopter le minimum de l'*amende* de police correctionnelle s'il s'agit d'un délit, le minimum de l'*amende* de simple police, s'il s'agit d'une contravention (1) ; s'il s'agit d'une *amende* prononcée par une loi spéciale, antérieure au Code de 1810, faut-il se reporter au minimum de l'*amende*, d'après la loi générale, en vigueur au moment de la promulgation de la loi spéciale ou au minimum de l'*amende*, d'après notre loi actuelle ? On a jugé qu'il fallait consulter la loi pé-

(1) Cassat., 5 novembre 1831 (Sir., 31—4—393). Cassat., 20 juillet 1833 (Sir., 33—4—536).—On pourrait même peut-être conclure de ce dernier arrêt, que, même en *matière de délits*, quand la quotité de l'*amende* n'est pas déterminée, c'est le minimum de l'*amende* de police qui est applicable.—C'est en ce sens que se prononce M. Achille Morin, *Répertoire*, *vo Amende*, § 11.—Je ne crois pas que cette solution soit conforme aux principes.— Si la peine à appliquer est une peine correctionnelle, l'*amende* applicable est le minimum de l'*amende* correctionnelle.

nale en vigueur à l'époque de la loi spéciale à appliquer. Le Code pénal, a-t-on dit, n'a pas abrogé les lois spéciales, l'art. 484 le déclare expressément. Oui, sans doute, les lois générales ne sont pas réputées abroger les lois spéciales ; qu'en conclure ? C'est que les lois spéciales continueront d'être appliquées dans les limites de leur spécialité. Mais, lorsqu'il s'agit de combler les lacunes des lois spéciales, qu'il faut compléter ces lois par la loi commune, il semble que la loi commune n'est pas la loi ancienne, une loi qui, elle, est incontestablement abrogée, mais bien la loi vivante au moment où la question surgit (1).

L'*amende* n'est pas, en règle générale au moins, une réparation civile envers l'Etat ; c'est une peine ; comme toute peine, elle est *personnelle* ; donc elle n'est pas exigible, elle est insusceptible d'exécution, si le condamné meurt avant que la condamnation ait acquis l'autorité de la chose jugée.

Si le condamné meurt sans avoir payé l'amende, mais après que la condamnation n'était plus susceptible de recours, l'amende pourrait-elle être réclamée de l'héritier ?

On a dit non, parce que toute peine est une expiation et que l'expiation n'est due que par l'auteur de la faute : pourquoi l'héritier supporterait-il plutôt l'expiation pécuniaire que les autres expiations ?

(1) M. Achille Morin, *Répertoire*, v^o *Amende*, § 11. — *Contrà*, arrêt de Douai du 21 juin 1838.

Je n'accepte point cette opinion.

L'application de la peine de l'*amende* consiste dans la formation irrévocable de la dette, dans la création du lien qui astreint le condamné à la nécessité de payer, dans le *droit acquis* sur le patrimoine ; elle ne consiste pas dans le fait du paiement qui est toujours subordonné à la solvabilité du débiteur (1).

L'*amende*, non pas dans toutes les matières fiscales, mais dans certaines matières fiscales, a le caractère de réparation civile.

La *confiscation à titre spécial* n'a jamais été abolie ; l'abolition n'a porté que sur la confiscation à titre universel.

La *confiscation spéciale* a pour objet, soit le corps du délit, par exemple les ouvrages obscènes, les marchandises prohibées ; soit le produit du délit, par exemple le gibier, produit de la chasse sans permis ou en temps prohibé ; soit l'instrument du délit, par exemple le fusil qui a servi à tuer le gibier.

On a dit que la *confiscation à titre spécial* était une peine accessoire. Non, les peines accessoires ne doivent pas être écrites dans la condamnation ; elles résultent, ai-je dit, soit de l'exécution, soit de l'irrévocabilité de certaines peines principales. Or, la *confiscation à titre spécial* n'est attachée comme accessoire à aucune

(1) Dans l'ancien Droit, d'après Jousse, l'amende n'était exigible de l'héritier, qu'autant que la condamnation avait été signifiée avant la mort du condamné (Jousse, t. I^{er}, p. 72, n° 100).

peine principale ; elle a besoin d'être prononcée ; qu'elle soit une peine complémentaire, comme l'est le plus souvent l'amende, je le reconnais ; mais une peine complémentaire n'est pas une peine accessoire.

La *confiscation à titre spécial*, en vertu d'une condamnation passée en force de chose jugée, au moment du décès du condamné, reçoit-elle son exécution contre l'héritier de celui-ci ? Pourquoi non ? La condamnation est translatrice de la propriété au profit de l'État ; elle est au moins constitutive d'un droit acquis (art. 1138, Code Napoléon).

Mais *quid*, si le condamné mourait pendant que la condamnation était encore susceptible de recours ?

La confiscation étant une peine ne pourrait, en général, être appliquée à l'héritier ; toutefois, si la détention de la chose à confisquer constituait elle-même l'infraction, la confiscation pourrait être prononcée contre tout détenteur (1).

Quel est le point de départ de la durée des peines principales ?

Il faut distinguer entre les peines en matière criminelle et les peines en matière correctionnelle :

Pour les peines en matière criminelle la règle est dans l'art. 23 du Code pénal : « La durée des peines
« temporaires court du jour où la condamnation sera
« devenue *irrévocable*. » Il est bien clair que la loi suppose, dans ce texte, que le pouvoir exécutif est en

(1) Voir Mangin, t. II, p. 90 ; Achille Morin, *vo Confiscation*, n° 5.

mesure de faire exécuter la condamnation, qu'il a le condamné sous la main.

Si, en effet, le condamné se dérobe par la fuite à la peine, le temps pendant lequel il conservera sa liberté ne pourra pas être imputé sur la durée soit de la réclusion, soit de la détention, soit des travaux forcés à temps. Aux termes de l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, la prescription de la peine prononcée en matière criminelle est de vingt ans; si le condamné à une peine de vingt ans de travaux forcés s'évade et n'est arrêté que la dix-neuvième année depuis l'irrévocabilité de sa condamnation, il est impossible d'admettre qu'il n'aura qu'une année, plus une partie d'année de peine effective à subir. Si le condamné à dix ans de réclusion se dérobe pendant dix ans à cette peine, il est bien évident qu'il n'est pas libéré, que pendant dix ans encore il peut être arrêté, et que, si son arrestation a lieu avant l'expiration du délai assigné à la prescription, il aura dix ans de réclusion réelle à supporter; s'il en était autrement la prescription serait, non pas toujours de vingt ans en matière criminelle, mais seulement du nombre d'années déterminé pour la peine temporaire; il semble que je ne devrais pas insister sur une vérité aussi saisissante. Cependant j'ai quelque raison pour appeler votre attention sur ce point; la vérité que vous trouvez tous évidente a été méconnue, non pas directement, mais indirectement, dans une question naissant des termes de l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, qui

fixe le point de départ de la prescription, et qui la fait courir de la date des arrêts ou jugements.

Une opinion, esclave de la lettre (1), soutient que le condamné, qui a exécuté dix-neuf ans sa peine et qui s'évade la vingtième année, ne peut être arrêté utilement que pendant l'année de l'évasion, parce que, dit-on, la prescription court du jour de la condamnation.—Oui, quand la peine ne se subit pas ; non, quand la peine se subit. Quand la peine a été temporairement subie, ce n'est que du jour où le condamné s'est soustrait à la peine qu'il peut commencer à se libérer par la prescription de la partie de la peine non subie ; le délai de vingt ans ne court donc que du jour de l'évasion.

Je ne discute pas cette question ; je la signale parce qu'il y a là deux idées qui sont en corrélation parfaite : Le temps, qui peut compter pour la prescription, ne peut jamais compter pour l'exécution de la peine, et, *vice versa*, le temps imputable sur l'exécution de la peine ne peut jamais être compté pour la prescription.

Du moment où la peine temporaire ne court que du jour de son irrévocabilité, le pourvoi du condamné, non seulement quand il est rejeté, mais alors même qu'il entraîne la cassation de la condamnation re-

(1) Vazeille, t. II, nos 456 et 457. *Traité des Prescriptions en matière pénale*, par Van Hoorebeke, professeur agrégé à l'université de Bruxelles, 1852, p. 267.—*Contrà*, Cass., 20 juillet 1827 (Sir. 1827—1—532). Legraverand, t. II, p. 776. Boitard, dernière leçon sur le Code d'instruction criminelle.

tarde le point de départ de la durée de la peine. Ce qui est plus grave, c'est que le pourvoi du ministère public a la même conséquence, que le pourvoi soit rejeté ou admis ; ainsi un recours mal fondé, non imputable au condamné, prolonge la privation de sa liberté : tant que la condamnation est attaquable ou attaquée, elle n'est pas réputée s'exécuter.

La même règle est-elle applicable aux matières correctionnelles ?

Oui et non. Oui, quand la peine ne consiste pas dans un emprisonnement, ou lorsque, consistant dans un emprisonnement, le condamné n'était pas, au moment de la condamnation, en état de détention préventive.

Lorsqu'il s'agit de la peine d'emprisonnement appliquée à un agent en état de détention préventive, il faut faire de nombreuses distinctions.

Le condamné ne forme-t-il pas de recours contre le jugement ? C'est le jugement qui est le point de départ de la durée de la peine. Le recours du ministère public n'est pas imputable au condamné, et il ne saurait aggraver sa position.

Le condamné exerce-t-il un recours ? Ce recours n'empêchera pas la durée de la peine de courir si ce recours est bien fondé, si l'événement le justifie ; mais si le recours échoue, la peine ne courra que du jour où la décision attaquée sera devenue irrévocable. La loi est-elle bien équitable en exposant à un danger, à une prolongation de peine, le condamné qui use d'une voie de recours qu'elle lui ouvre ?

L'application de ces distinctions écrites dans l'art. 24 a déjà soulevé plus d'une difficulté.

Une première hypothèse a été examinée : le ministère public appelle seul d'un jugement qui condamne un prévenu à six mois d'emprisonnement ; ce jugement est confirmé ; le condamné se pourvoit contre la décision confirmative ; son pourvoi est rejeté, de quel jour courra la peine ? Est-ce du jour du rejet du pourvoi, du jour soit de l'arrêt, soit du jugement confirmatif, ou du jour de la première décision ?

C'est du jour de l'arrêt, disent de savants jurisconsultes (1).

Cette solution ne saurait se justifier, suivant moi. Il n'y a que deux solutions possibles : ou la peine ne court que du jour du rejet du pourvoi, parce que, comme le disent ces jurisconsultes, le condamné, par son pourvoi, aura perdu le bénéfice de son acquiescement présumé au jugement ; ou elle courra dans l'intervalle qui se sera écoulé depuis le jugement jusqu'à l'arrêt confirmatif, et cessera de courir depuis l'arrêt jusqu'au rejet du pourvoi, pour reprendre son cours à partir de ce rejet. — A mon sens le condamné n'a pas été en faute jusqu'à l'arrêt ; il n'a pas usé de la faculté d'appeler ; l'appel du ministère public ne saurait lui préjudicier ; donc sa détention, jusqu'à l'arrêt, s'imputera sur la durée de la peine. Le condamné est réputé en faute parce qu'il s'est pourvu

(1) *Théorie du Code pénal*, t. 1^{er}, p. 233, troisième édition.

contre l'arrêt ; jusqu'au rejet du pourvoi sa détention ne lui profitera pas.

Les auteurs, dont je combats la doctrine, imputent au contraire au condamné la détention qui correspond à la période pendant laquelle il est réputé retarder, par son imprudence, l'exécution de la peine. Je comprendrais, à la rigueur, qu'on privât le condamné du bénéfice de la détention jusqu'à l'arrêt, et cela, en considérant que la présomption d'acquiescement à la décision première était exclue par le pourvoi.

Les deux jurisconsultes dont je viens d'examiner l'opinion, supposent, en conservant la même hypothèse, que le pourvoi du condamné a été admis et qu'il a abouti à une réduction de peine. Ils font encore courir la durée de la peine, non du jour du jugement, mais du jour de l'arrêt contre lequel il y a eu pourvoi. Pourquoi donc ? Ce n'est pas le condamné qui a saisi la juridiction d'appel, et l'eût-il saisie que l'événement a démontré qu'il n'aurait pas commis de faute : il suffit que la peine ait été réduite par l'exercice d'une voie de recours quelconque, pour que tout le temps qui a précédé la décision qui opère réduction, soit imputable au condamné.

Une seconde hypothèse peut mettre dans tout son jour la véritable pensée de l'art. 24. Une condamnation de cinq ans d'emprisonnement est prononcée ; le condamné appelle du jugement ; la Cour confirme ; le condamné se pourvoit ; l'arrêt est cassé ; la Cour, saisie par le renvoi, réduit l'emprisonnement à trois ans ; nouveau pourvoi du condamné ; ce

pourvoi est rejeté. La détention antérieure à l'arrêt, qui a réduit l'emprisonnement à trois ans, est-elle imputable sur cette condamnation ? Oui, car, jusqu'à cet arrêt, le condamné a bien fait de se plaindre ; il a réussi dans son attaque, le résultat a justifié son recours ; il eût dû respecter le second arrêt ; il a commis une imprudence en l'attaquant ; depuis cet arrêt jusqu'au rejet du second pourvoi, la détention ne lui sera pas comptée ; la Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens le 3 juillet 1847, et c'est à son arrêt que nous avons emprunté notre hypothèse déjà compliquée, mais qu'on pourrait plus compliquer encore (1).

Troisième et dernière hypothèse : Le condamné à l'emprisonnement était détenu préventivement ; il use d'une voie de recours contre sa condamnation ; il appelle ou se pourvoit ; il se désiste de l'appel ou du pourvoi : la détention, soit depuis le jugement, soit depuis l'arrêt contre lequel le pourvoi était tenté, jusqu'au désistement, profitera-t-elle au condamné ?

La négative semble résulter du texte de l'art. 24 : la règle est que la peine ne court que du jour de l'irrévocabilité de la décision ; il n'est fait d'exception à cette règle qu'autant que le condamné a accepté volontairement cette décision et ne s'est pas pourvu. Toutefois, le désistement, n'est-ce pas un acquiescement qui doit rétroagir ? L'abandon de la

(1) Dev. 47—1—741.

voie de recours ne doit-il pas faire réputer que cette voie n'a jamais été exercée ? L'art. 24 est une disposition d'équité qui doit être largement entendue. Cette interprétation bienveillante a triomphé devant la Cour de cassation (1).

L'art. 24 s'applique, quelle que soit la juridiction criminelle ou correctionnelle qui ait prononcé la condamnation à l'emprisonnement.

Lorsqu'un condamné se soustrait à l'exécution de sa peine et qu'il est arrêté et détenu dans un lieu autre que celui dans lequel il doit subir cette peine, cette détention est-elle une détention imputable sur la condamnation ?

Cette question s'est présentée deux fois devant la Cour de cassation, mais avec des circonstances différentes. Un arrêt du 23 février 1833 adopte l'affirmative ; un arrêt du 17 décembre 1850 consacre la négative (2). Je crois que la première solution est conforme à la loi. En matière correctionnelle la détention, qui se continue dans le lieu où elle n'avait commencé qu'à titre de détention préventive, est imputable sur la durée de la peine, même avant l'irrévocabilité de la condamnation. Cette détention est imputable, même en matière criminelle, au moins après l'irrévocabilité de la condamnation (art. 23).

Voilà des règles, mais qui les appliquera ? Le mi-

(1) 2 juillet 1852, Dev. 52—1—470; 26 mai 1853, Dev. 1853—1—459.

(2) Sirey 33—1—558 ; 54—1—64.

ministère public ? s'il les viole en croyant les appliquer, qui jugera ?

Ce ne sera pas le ministère public, il serait juge et partie.

On a dit que tout incident contentieux sur l'exécution de la peine était un accessoire de l'action publique et devait être porté devant le juge qui avait statué sur cette action. On s'est prévalu en ce sens de l'art. 472 du Code de procédure civile (1).

Cette solution n'est-elle pas pleine d'inconvénients ? La condamnation a été prononcée par des tribunaux de simple police ou de police correctionnelle : ce sont des tribunaux permanents ; on pourra toujours les saisir ; mais si la condamnation est l'œuvre d'une Cour d'assises, dans l'intervalle des sessions, la question attendra donc un juge ; il y aura donc eu, comme l'a dit M. Dupin, une détention arbitraire, s'il est décidé, plus tard, que le condamné avait payé sa dette ; ce n'est là qu'une raison d'inconvénient. La raison de principe, c'est que les tribunaux criminels, de quelque ordre qu'ils soient, sont des tribunaux d'exception qui, à ce titre, ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements.

L'art. 472 du Cod. proc. civ. n'est pas applicable aux juridictions d'exception (art. 553, C. proc. civ.) et, même pour les juridictions de Droit commun,

(1) *Théorie du Code pénal*, tome I^{er}, p. 249, 3^e édition. Cassation, 23 février 1833. Cassation 27 juin 1845 ; Sirey 33—4—558 ; 45—1—543.

il cesse d'être appliqué, quand il s'agit de questions de liberté ; d'après l'art. 805 du Code de proc. civ., les demandes en élargissement sont portées au tribunal dans le ressort duquel le débiteur est détenu (1).

Quelles sont les garanties que la loi attache à l'exécution des peines pécuniaires ?

La première garantie de l'exécution, c'est le lien de la *solidarité* entre tous les condamnés pour une même cause, *pour un même crime ou pour un même délit*, dit l'art 55, Code pénal. Cet article ne parle pas des contraventions ; les condamnés, pour une même contravention, ne sont donc pas solidaires.

Le décret du 19-22 juillet 1791, sur l'organisation de la police municipale et correctionnelle, titre II, article 42, étendait la solidarité aux contrevenants : cette solution n'a pas été reproduite (2).

Si les condamnations à des peines pécuniaires sont prononcées par des jugements successifs et non par un seul jugement, bien qu'il s'agisse d'une même infraction, y aura-t-il solidarité entre les condamnés ?

Le texte n'exige pas la simultanéité de condamnation ; mais le sort de chaque condamné n'est-il pas irrévocablement fixé par le jugement qui le concerne ?

(1) Voir, dans le sens de mon opinion, un *Réquisitoire* de M. Dupin, du 25 novembre 1850, Sir. 51—1—64. Art. 34, L. 17 avril 1832. *Arg.*

(2) M. Duranton est le seul auteur qui soutienne que la solidarité s'applique à l'amende prononcée pour contravention, t. XI, n° 94.

Est-ce qu'un jugement postérieur peut apporter une aggravation ?

La solidarité pour les *amendes*, lorsqu'il y a unité d'infraction et de jugement, est-elle, comme on l'a dit (1), une exception au principe de la *personnalité* des peines ? N'est-elle pas plutôt une *aggravation* résultant de la circonstance *aggravante* de l'association ? Je crois que cette disposition, qui est conforme aux traditions de notre ancien Droit, n'a rien d'antipathique à l'esprit de notre législation nouvelle.

La seconde garantie consiste dans la *contrainte par corps* : les condamnations à l'amende sont de plein droit exécutoires par corps (art. 52) (2).

Cette contrainte est également applicable aux frais, aux restitutions, aux dommages-intérêts ; mais ici je n'ai à m'occuper que des peines, et, par conséquent, que des amendes.

L'art. 53 du Code pénal a été successivement modifié par la loi du 17 avril 1832 et par la loi du 13 décembre 1848.

Je ne veux pas entrer dans le détail de toutes les questions qui se sont soulevées en matière de contrainte par corps soit sur le Code de 1810, soit sur la loi du 17 avril 1832, soit sur la loi du 13 décembre 1848. J'essaierai seulement de mettre en lumière la

(1) M. Rodière, de la *Solidarité*, n° 318, *Revue critique* 1853, p. 159, n° 20, article excellent de M. Molinier, professeur de Droit criminel à la faculté de Toulouse.

(2) Voir art. 29, tit. XIII de l'ordonnance de 1670.

solution que chacune de ces lois a donnée, en principe, aux trois questions principales de la matière.

Trois questions, en effet, étaient à résoudre :

1° La contrainte par corps n'étant qu'une épreuve de solvabilité, la détention du condamné, à titre de garantie de la condamnation pécuniaire, pendant un temps déterminé, ferait-elle, par elle seule, présumer l'insolvabilité, et dispenserait-elle de toute preuve ?

2° La preuve de l'insolvabilité du condamné le dispenserait-elle du secours de la présomption, en le dispensant soit de l'épreuve, soit de sa continuation ? La justification du fait dominerait-elle la présomption ?

3° Lorsque le condamné aurait recouvré sa liberté, pourrait-il être de nouveau soumis à la contrainte par corps, s'il devenait solvable et qu'il ne payât pas l'amende ?

Voici les solutions du Code de 1810 sur ces trois questions :

1° La détention du condamné, quelque prolongée qu'elle fût, ne pouvait faire présumer l'insolvabilité : l'État avait la faculté de perpétuer indéfiniment l'épreuve ;

2° La justification de l'insolvabilité était insuffisante pour dispenser de l'épreuve ou pour la faire cesser : il fallait qu'à la preuve de l'insolvabilité se joignît une présomption résultant d'une certaine durée de détention. La détention devait être d'un an en matière criminelle, de six mois en matière correctionnelle,

et de quinze jours en matière de police (art. 53 et 467, Code pénal).

3° La contrainte par corps pouvait toujours être reprise s'il survenait au condamné quelque moyen de solvabilité (art. 53, § *ult.*).

Voici les trois solutions de la loi du 17 avril 1832 :

1° A l'égard de l'Etat, et je n'ai à m'occuper que de l'Etat, puisque je ne m'occupe que de la peine, la détention la plus longue ne ferait pas présumer l'insolvabilité, lorsque les amendes, frais, restitutions et réparations civiles ne s'élèveraient pas à 300 fr. Si les condamnations pécuniaires atteignaient cette somme, la durée de l'emprisonnement devait être fixée par le jugement, et l'épreuve, subie pendant cette durée, dispensait de la preuve de l'insolvabilité (art. 34 et 40).

2° La preuve de l'insolvabilité était insuffisante par elle-même pour dispenser de l'épreuve de la contrainte par corps, ou pour la faire cesser ; la preuve devait être fortifiée par la présomption résultant d'une détention de quinze jours pour les condamnations au-dessous de 15 fr., d'un mois pour les condamnations de 15 à 50 fr., de deux mois pour celles de 50 à 100 fr., et de quatre mois pour celles au-dessus de 100 fr. (art. 35).

Lorsque les condamnations s'élevaient à 300 fr., la preuve de l'insolvabilité était-elle sans puissance ? La contrainte de quatre mois et la preuve de l'insolvabilité réunies ne devaient-elles pas entraîner la mise en liberté ?

La Cour de cassation a jugé la négative. M. Troplong enseignait, sous l'empire de la loi du 17 avril 1832, et, à mon sens, avec beaucoup de raison, que l'art. 35 ne distinguait pas, et qu'il était impossible d'admettre que la loi de 1832 fût venue aggraver la position faite au condamné par l'art. 53 du Code de 1810. Comment, d'ailleurs, supposer que le condamné qui prouvait son insolvabilité eût à subir toute la durée assignée à la contrainte par corps par le jugement de condamnation, et qu'il fût ainsi de même condition que celui qui ne faisait aucune espèce de justification ?

On objectait, il est vrai, les termes de l'art. 40 de la loi du 17 avril 1832, qui voulait que le jugement déterminât la durée de la contrainte par corps, alors même que l'insolvabilité du débiteur pourrait être constatée. Mais cette exigence se concilie parfaitement avec le système de M. Troplong.

Le condamné qui n'obtenait sa liberté que par le concours de l'épreuve de l'art. 35 et de la preuve de l'insolvabilité, pouvait, au moins pour les restitutions et dommages-intérêts, être réincarcéré une fois, et il importait de fixer un maximum de détention qui ne pourrait jamais être dépassé.

J'insiste sur cette question, parce qu'elle survit à la loi du 13 décembre 1848 (1).

(1) M. Troplong, *De la Contrainte par corps*, n° 676.— *Contra*, M. Coin-Delisle, sur l'art. 40. L. 17 avril 1832. M. Durand, *De la Contrainte par corps*, n° 67.— Cass., 11 mai 1836 (Dev. 1836—1—783).

3° Le condamné rendu à la liberté ne pouvait plus être soumis à la contrainte par corps pour le paiement des amendes ; mais on pouvait lui faire subir une seconde épreuve pour les réparations civiles et les frais ; cette seconde épreuve était la dernière (art. 36).

La loi du 17 avril 1832 a été l'objet de vives critiques ; on lui a reproché notamment de ne pas faire à l'Etat et à la partie civile des positions identiques. Je n'ai pas dû signaler les différences, puisque je n'ai pas à m'occuper de la partie civile ; je vous renvoie d'ailleurs au commentaire de M. Troplong sur la *Contrainte par corps*.

La loi du 13 décembre 1848 a, sur la première question, attaché, sans distinction de chiffre, une présomption *juris et de jure* d'insolvabilité à l'épreuve de la contrainte par corps pendant une durée déterminée. Les condamnations sont-elles inférieures à 300 fr. ? L'épreuve est d'un mois si les condamnations n'excèdent pas 15 fr., de deux mois si elles n'excèdent pas 50 fr., de quatre mois si elles n'excèdent pas 100 fr., de six mois si elles excèdent 100 fr., mais ne s'élèvent pas à 300 fr. (Art. 8, L. 13 décembre 1848 ; et 35, L. 17 avril 1832).

Les condamnations s'élèvent-elles à 300 fr. ? La durée de la contrainte par corps doit être fixée par le jugement de condamnation dans la limite de six mois à cinq ans (art. 12, L. 13 décembre 1848 ; et 40, L. 17 avril 1832).

Sur la seconde question, la loi du 13 décembre 1848 n'a apporté qu'un seul changement à la loi

du 17 avril 1832; elle ne s'est pas contentée, plus que la loi de 1832, de la preuve de l'insolvabilité; seulement elle réduit l'épreuve qui doit fortifier la preuve, de quatre mois à trois mois, dans le cas où l'amende et les autres condamnations pécuniaires excèdent 100 fr.

Mais que décider dans l'hypothèse où les condamnations s'élèvent à 300 francs ?

On soutient, et cette opinion a d'autant plus d'autorité qu'elle est professée par le rapporteur de la loi du 13 décembre 1848, que l'art. 8 de cette loi a proscrit l'opinion de M. Troplong, sur l'art. 35 de la loi du 17 avril 1832, à savoir que, même pour les condamnations qui s'élevaient à 300 francs, la preuve de l'insolvabilité, jointe à l'épreuve d'un *maximum* de quatre mois, donnait droit à la liberté, au moins vis-à-vis de l'Etat. Cela résulte, dit-on, de ce que l'art. 8 a assimilé, pour les condamnations inférieures à 300 francs, la partie civile à l'Etat.

Il semble que cet article ne dit rien de l'Etat pour les condamnations qui s'élèvent à 300 francs, et que dès lors il laisse l'art. 35 de la loi de 1832 avec le sens qu'il avait, c'est-à-dire qu'il ne change en rien les éléments de la controverse sous cette loi.

J'avoue que, pour mon compte, il m'est impossible de comprendre que la loi du 13 décembre 1848 ait eu, dans la pensée de ceux qui l'ont faite, pour résultat de priver les condamnés du triste bénéfice de l'insolvabilité que leur accordait l'art. 53 du Code de 1810, bénéfice qui réduisait la durée de la con-

trainte par corps, à un an pour les crimes, et à six mois pour les délits (1).

Sur la troisième question, la loi du 13 décembre 1848 n'a pas modifié le droit de l'Etat, de renouveler une fois l'épreuve de la contrainte par corps, non pour l'amende, mais pour les frais et restitutions (Art. 36, loi du 17 avril 1832).

Dans le système que j'ai combattu sur la seconde question, pour les condamnations qui s'élèvent à 300 francs, il est d'évidence que l'épreuve ne pourrait être renouvelée, puisque si la dette, comme dette civile, survit à l'exécution de la contrainte par corps déterminée par le jugement, elle cesse au moins d'entraîner la contrainte corporelle, puisque, sans cela, il ne serait pas vrai de dire que la contrainte serait limitée.

L'art. 8 de la loi du 13 décembre 1848 est applicable même aux condamnations antérieures à cette loi, puisqu'aux termes de l'art. 14, les jugements qui ont prononcé la contrainte par corps, et évidemment ceux qui l'emportent de plein droit, ne doivent recevoir leur exécution qu'avec les restrictions de la loi nouvelle.

De ce que l'épreuve de la contrainte par corps ne peut pas être renouvelée pour l'amende, il n'en résulte pas que la contrainte par corps ait le caractère d'une pénalité, et qu'il faille dire, avec un juris-

(1) Voir *Contrà*, M. Durand, nos 67, 68 et 69.—M. Achille Morin, *V^o Contrainte par corps*, n^o 9.

consulte, à bon droit repris par M. Troplong, qu'il est juste que l'homme insolvable, *qui ne peut être puni dans son bien, soit puni dans sa personne*. Si la contrainte était une peine substituée à la dette, la dette ne devrait pas survivre, et la dette survit ; seulement elle n'est plus exécutoire que sur les biens. Même sous notre ancien Droit, la règle était que « l'amende, « peine pécuniaire, ne pouvait-être convertie en peine « corporelle » (1).

Reste une difficulté à examiner :

Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les incidents contentieux qui peuvent s'élever soit sur la durée de la contrainte, soit sur la survenance de moyens de solvabilité ?

Cette difficulté a beaucoup d'analogie avec celle que j'ai examinée dans cette leçon sur les incidents relatifs à la durée de la peine. Pour moi, la solution est dans les mêmes principes : les juridictions répressives sont des juridictions d'exception ; les questions de liberté sont des questions urgentes entre toutes, et la célérité, vous l'avez vu, a, en matière civile au moins, fait dessaisir la juridiction qui a rendu le jugement, pour saisir la juridiction où l'exécution se consume (art. 805, Cod. pr. civ.) (2).

(1) Jousse, t. I^{er}, p. 73, n^o 101.

(2) *Contra*, M. Troplong, sur l'art. 36 de la loi du 17 avril 1832, n^o 651 ; M. Coin-Delisle, p. 445, professe que le Tribunal civil est le Tribunal compétent.

TREIZIÈME LEÇON.

Principe du *non cumul des peines*. — Fondement rationnel. — Rapprochement de ce principe avec le principe de l'aggravation pour récidive. — Nécessité matérielle, nécessité morale du *non cumul*. — Historique. — Ancien Droit. — Droit intermédiaire. — Art. 365 et 379, Inst. crim.; ces articles supposent l'existence du principe, ils l'appliquent, mais n'ont pas pour objet de le consacrer ou de déterminer sa portée. — Lorsque l'infraction antérieure à l'irrévocabilité de la première condamnation, ne peut entraîner une peine plus grave que la peine prononcée, et qu'il n'y a pas pour cette infraction de complices à poursuivre, une seconde poursuite est-elle facultative ? — Controverse. — Si l'infraction antérieure à l'irrévocabilité de la première condamnation n'entraîne que la même nature de peine, y a-t-il lieu à poursuite quand l'agent n'a pas été condamné au maximum de la peine ? — Controverse. — A quelles infractions le principe du *non cumul* des peines est-il applicable ? — N'est-il applicable aux délits qu'autant que la Cour d'assises prononce la peine ? — Est-il applicable aux contraventions ? — Vicissitudes de la jurisprudence. — Est-il applicable aux peines accessoires ? — Confusion résultant d'une erreur de terminologie. — Le principe du *non cumul* est-il applicable aux peines pécuniaires ? — Quel est le caractère du principe du *non cumul* ? — Est-ce une règle d'exécution qui domine et limite l'autorité de la chose jugée ? — Hypothèses diverses. — Discussion. — Conclusion. — Si le principe du *non cumul* a été expressément ou tacitement violé, il n'y a de remède que dans les voies de recours et dans la grâce.

MESSIEURS,

Je veux aujourd'hui vous expliquer un principe qui joue un grand rôle dans le Droit pénal, le principe du *non cumul* des peines.

L'agent qui s'est rendu coupable de plusieurs infractions, avant toute condamnation, doit-il subir autant de peines qu'il a commis d'infractions?

Au point de vue de la justice morale, celui qui a violé plusieurs fois la loi a plus d'expiations à subir que celui qui ne l'a violée qu'une fois : entre deux agents, qui sont tombés dans le même genre de fautes, le plus coupable est celui qui a le plus souvent failli. Si donc la peine était une expiation morale, il y aurait autant de dettes à acquitter qu'il y aurait eu de fautes.

Mais la peine n'est pas l'acquit d'une dette envers la justice morale; elle a un autre caractère, et c'est ce caractère qui explique et justifie le principe du *non cumul* des peines, en en limitant la portée.

Le commandement social ne serait pas un commandement s'il n'était pas sanctionné; il est sans doute respectable par lui-même et parce qu'il est l'expression de la souveraineté publique; mais, à ce seul titre et dégagé de sanction, il n'obtiendrait pas le respect de tous : la sanction est toujours pour quelques-uns le seul titre à l'obéissance : la loi menace pour être sûre d'être obéie; la loi frappe, quand ses prescriptions ont été violées, pour établir que ses menaces ne sont pas impuissantes et illusoires. L'agent puni n'est pas un instrument d'intimidation, à l'encontre des autres agents qui n'ont pas encore failli, un moyen préventif; l'agent puni est puni pour lui-même, puni parce qu'il n'a pas obéi à la loi, parce qu'il n'a pas cru à sa menace et qu'il n'a

respecté ni la prescription pour elle-même, ni la prescription à raison de sa sanction pénale.

La légitimité de la peine, comme sanction, c'est sa nécessité : eh bien ! l'agent qui a plusieurs fois violé la loi, sans que ses infractions aient encore appelé l'application de la sanction pénale, est présumé n'avoir renouvelé ses infractions que parce qu'il n'a pas assez tôt subi le châtiment de sa faute, que parce qu'il a espéré l'impunité quand la peine se faisait attendre. La société croit et doit croire que les sanctions, à l'aide desquelles elle protège ses commandements, sont efficaces, qu'elles sont suffisantes, et elle manquerait de foi dans ses moyens coercitifs si elle ne *présumait* pas que l'application de la peine, dont elle a déterminé la mesure, aurait empêché le retour de l'infraction de la part du même agent. Sans doute cette présomption n'est pas une présomption inébranlable, *juris et de jure* ; elle ne résiste pas à l'évidence du fait, et quand l'agent *condamné* retombe dans l'infraction, il se charge de démontrer que la sanction appliquée, au moins en ce qui le concerne, n'avait pas assez d'intensité et de rigueur, et alors la société aggrave le châtiment : elle ne se borne plus à appliquer une sanction qui a été convaincue d'impuissance.

Pour bien comprendre le principe du *non cumul* des peines, il faut le rapprocher du principe de l'aggravation en cas de récidive. Ces deux principes sont, en effet, l'expression d'une même pensée, pensée de haute prudence et de haute raison sociale :

l'agent, averti par une première condamnation, qui s'insurge de nouveau contre le commandement, donne un démenti à la loi, et ébranle, jusqu'à certain point, la foi qu'elle devait avoir dans la valeur de sa sanction pénale. Au contraire, l'agent, dont toutes les infractions sont antérieures à la condamnation, bien loin de démentir les prévisions législatives, les justifie : une infraction impunie a pu encourager une seconde infraction ; la loi tient compte à l'agent de ce que l'action répressive n'a pu peser sur lui assez vite.

Est-ce à dire que la loi ne devrait alors punir l'agent que de la peine méritée par la première infraction ? Non, vraiment. Si la seconde infraction est d'une nature plus grave, si l'agent a violé un commandement méritant, par son importance, une sanction plus forte, la violation d'une prescription ne saurait être une cause d'immunité pour la violation d'une autre prescription d'un intérêt peut-être de beaucoup supérieur.

Pour que l'agent ne dût toujours subir que la peine de la première infraction, fût-elle la moins importante de celles qu'il a commises, il faudrait que l'impunité de cette première infraction fût la vraie cause des autres infractions, tandis que la cause véritable est dans sa liberté dont il a continué à abuser. La société n'appliquera pas les deux sanctions, mais au moins elle appliquera la sanction la plus forte comme la plus efficace. Elle pourra même, si l'application de cette sanction comporte un *minimum* et un *maxi-*

mum, user de la flexibilité de la peine, pour la porter à son degré le plus élevé, à raison des mauvaises tendances qu'elle constate chez l'agent. Ce que les exigences du respect dû à la loi lui interdisent seulement, c'est d'appliquer autant de sanctions diverses qu'il y a eu d'infractions.

Tout ceci vous prépare à bien comprendre comment la loi ne voit de récidive qu'autant que la seconde infraction a été commise depuis l'irrévocabilité de la condamnation pour la première infraction (art. 56, Code pénal).

Vous savez ce qui, à mon sens, constitue le fondement rationnel du principe du *non cumul* des peines; ce principe est quelquefois imposé par une nécessité que j'appellerai matérielle : il est au moins presque toujours imposé par une nécessité morale. Le cumul de plusieurs sanctions dénaturerait chacune d'elles, alors même qu'il serait matériellement possible.

En effet, dans certaines hypothèses, il est d'évidence qu'il y a impossibilité matérielle de faire concourir, même par ordre de succession, les diverses peines.

L'agent a commis deux crimes; l'un emporte la peine de la réclusion, l'autre la peine des travaux forcés à perpétuité; évidemment la peine de la réclusion ne pourrait être subie par le condamné sans qu'elle diminuât pour lui la durée de la peine des travaux forcés à perpétuité, si l'exécution de cette dernière peine était ajournée jusqu'après l'exécution de la première.

L'intérêt de la répression exige donc dans ce cas que la peine la plus forte soit seule appliquée, que la peine la plus forte absorbe l'autre.

Je suppose maintenant que l'un des crimes emporte la peine de mort et l'autre la peine des travaux forcés à temps.

Sans doute, on pourrait matériellement faire concourir, par ordre de succession, l'exécution des deux peines, en faisant subir d'abord les travaux forcés à temps au condamné et en le privant seulement de la vie après l'expiration de cette peine. Mais, je ne crains pas de le dire, la peine de mort, ainsi appliquée, serait monstrueuse d'inhumanité. La peine de mort c'est le droit de la société à sa dernière limite, à son point extrême; la peine de mort, déjà si rigoureuse par elle-même, doit se réduire à la simple privation de la vie; elle ne doit pas être aggravée par des tortures accessoires, matérielles ou morales; or, la peine de mort, précédée d'une attente de plusieurs années dans une maison de force, serait autre chose que la simple privation de la vie.

On dit que chacun des deux crimes, considéré isolément, doit entraîner la part d'expiation que la loi lui a faite et que celui qui a commis deux crimes doit être de pire condition que celui qui n'en a commis qu'un. Il me semble qu'on peut répondre que le cumul des deux peines les dénaturerait toutes deux, que, par exemple, la peine des travaux forcés à temps au bout de laquelle le condamné voit l'échafaud, n'est pas la peine des travaux forcés à temps, au

bout de laquelle le condamné voit la liberté, et que la peine de mort, précédée des angoisses d'une longue détention, n'est pas la peine de mort s'exécutant dans les 24 heures de l'irrévocabilité de la condamnation, aux termes de l'art. 375 du Code d'instruction criminelle.

Si des deux crimes l'un emportait la peine des travaux forcés à perpétuité et l'autre la peine de mort, il est bien évident que l'exécution d'une des peines exclurait l'exécution de l'autre.

Je sais bien que j'ai jusqu'ici choisi les exemples les plus favorables au *non cumul* des peines ; mais je l'ai fait à dessein, et pour établir que le principe du *non cumul* n'est pas un principe arbitraire, un principe de faveur, un principe d'exception qui fasse brèche à la règle générale et que l'on doive rigoureusement limiter.

Je suppose maintenant que des deux crimes l'un emporte la peine de la réclusion et l'autre la peine des travaux forcés à temps.

Sans doute l'exécution successive des deux pénalités temporaires est matériellement possible ; mais cette exécution successive est-elle désirable, est-elle légitime ? Je reconnais qu'au point de vue moral il n'y aurait rien d'injuste à ce que celui qui a violé deux fois la loi fût deux fois puni et subît une double expiation ; mais le pouvoir social ne doit exercer le droit de punir qu'autant qu'il y a intérêt et que dans les limites de cet intérêt ; n'y a-t-il pas de sérieuses raisons de penser que la pénalité édictée

contre le crime le plus grave, et qui peut être appliquée au *maximum*, sera suffisante pour établir que la loi n'est pas impunément violée, et pour protéger la société contre la tentation que le condamné pourrait avoir de se livrer de nouveau à de pareils faits ?

La loi romaine n'admettait pas le principe du *non cumul* des peines : Ulpien disait : « *Nunquam plura*
« *delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas*
« *detur ; neque enim delictum ob aliud delictum mi-*
« *nuit poenam. Qui igitur hominem subripuit et*
« *occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia*
« *tenetur, neque altera actionem alteram consumit.*
« *Idem dicendum, si rapuit et occidit ; nam et vi*
« *bonorum raptorum et Aquilia tenebitur. »* (L. 2.
pr. et §§ 1 et 2, D. *De privat. Delict.*—V. L. 60, D.
De oblig. et action.—§ 1, in fine, Inst. *si quadrup.*
paup. fec.)

La solution de la loi romaine fut-elle la solution de notre ancien Droit ?

Oui, dit Muyart de Vouglans (*Des Lois criminelles*, liv. II, tit. II, chap. II, 15^e règle) ; oui, dit Jousse (*De la Justice criminelle en France*, part. III, liv. II, tit. XXV, art. 7, n^{os} 280 à 288, t. II, p. 643). Toutefois, ces deux auteurs reconnaissent que certaines peines n'étaient pas cumulées. Muyart de Vouglans professe qu'elles ne devaient être cumulées qu'autant qu'elles étaient compatibles entre elles ; et la preuve que la compatibilité dont il parlait n'était pas une compatibilité matérielle, c'est qu'il cite, pour exemple d'incompatibilité, la condamnation par le même ju-

gement à la peine de mort et à la peine des galères ; or la peine des galères n'était pas nécessairement perpétuelle. L'incompatibilité excluant le cumul était donc une incompatibilité morale.

Jousse subordonne également le cumul des peines à leur compatibilité, et il cite comme exemple la mort, le fouet et les galères. Il considère que les peines pécuniaires sont toujours compatibles avec les peines corporelles prononcées contre les accusés ; mais il ajoute que les juges ne peuvent cumuler la condamnation à l'amende et la condamnation à l'aumône, à moins que l'aumône ne fasse partie de la réparation.

Il semble que sur ce point notre ancien Droit n'avait pas une doctrine bien arrêtée, et que ses solutions au moins n'offraient pas beaucoup d'unité : Loyseau, dans son *Traité des Seigneuries*, chap. xii, *Des Droits profitables*, présente comme un *proverbe de nos Coutumes* le principe que *la grande amende emporte la petite* ; Loysel dit : « La plus grande peine et amende attire » et emporte la moindre (1). »

La Constituante écrivit le principe du *non cumul* des peines dans son Code de procédure pénale (2) ; le Code du 3 brumaire an IV le conserva (art. 446).

(1) Liv. VI, tit. II, Max. 38. — V. aussi les Coutumes de la ville et septène de Bourges, etc. Rubrique II, *Des Coutumes concernant les Juges et leurs juridictions*, art. 24. « La plus grande amende attire à soi et emporte la petite. » (*Nouveau Coutumier général de Richebourg*, t. III, p. 906).

(2) L. 16—29 septembre 1791, tit. VII, art. 40.

Ce principe a survécu ; il appartient à la loi fond ; mais dans notre législation, comme dans législation de la Constituante, c'est la loi de procédure qui le consacre, ou plutôt le suppose. Vous lirez les art. 365 et 379 du Code d'instruction criminelle.

Le premier de ces articles prévoit le cas où les diverses infractions sont comprises dans la même poursuite ; il déclare que la peine la *plus forte* sera se prononcée.

Je suppose que chacune des infractions emporte la peine de la réclusion dont le *minimum* est de cinq ans et le *maximum* de dix ans ; l'agent pourra-t-il être condamné à vingt ans de réclusion ? Non ; la pénalité attachée à chacun des deux crimes est suffisante, dans l'intérêt social, pour les réprimer tous deux : le juge a la faculté de prononcer le maximum de dix ans ; il n'est pas même obligé d'atteindre le maximum ; il pourrait n'appliquer que le minimum. Vainement objecterait-on que, les deux peines étant de même nature, l'une n'est pas *plus forte* que l'autre, et qu'on ne se trouve pas ainsi dans l'hypothèse de l'art. 365. Le *non cumul* des peines n'est pas pour moi, une exception ; c'est un principe fondamental sur la justice sociale, et l'art. 365 n'est qu'une de ses applications.

L'art. 379 prévoit le cas où le condamné a été *pendant les débats*, inculpé sur d'autres crimes que ceux compris dans l'accusation ; il décide que la Cour doit ordonner que l'agent sera, nonobstant la première condamnation, poursuivi à raison des nouvelles

crimes, si ces crimes méritent une peine *plus grave* que les crimes jugés, ou si l'accusé a des complices en état d'arrestation.

Si le crime nouvellement découvert ne mérite qu'une peine moins grave que la peine déjà appliquée, il n'y a aucune nécessité d'une nouvelle poursuite. Pourquoi ? Parce que cette poursuite ne pourrait aboutir à l'exécution d'une autre peine.

L'art. 379 ne prévoit pas le cas où le crime antérieur à la condamnation n'est découvert que depuis cette condamnation : si le *non cumul* des peines n'était qu'une exception, il faudrait dire que la poursuite serait possible et devrait amener l'exécution d'une seconde peine, alors même que le fait n'emporterait qu'une peine inférieure à la peine qui frappe déjà le condamné.— Mais puisque le *non cumul* des peines est un principe de raison et d'équité, et qu'il est d'ailleurs d'évidence que la circonstance que le fait non encore poursuivi a été ou n'a pas été découvert avant la condamnation, est absolument sans influence sur la responsabilité de l'agent, je dis qu'une seconde peine inférieure à la peine prononcée ne peut se cumuler avec la première ; mais la poursuite est-elle interdite ?

Dans quel but aurait-elle lieu, dit-on, si elle ne peut aboutir à l'exécution d'une pénalité ? Ce serait une procédure frustratoire : l'action publique n'a plus d'objet.

Je ne saurais admettre cette solution : les condamnations peuvent concourir, bien que les peines doivent

se confondre en une seule ; il n'est pas vrai que le fait nouvellement découvert cesse d'être punissable, parce que la peine qu'il emporte est moins grave que la pénalité déjà appliquée. L'action publique n'est pas éteinte par cela seul que la peine ne peut pas recevoir son exécution. La déclaration de culpabilité n'est pas sans utilité sociale : c'est un hommage rendu à la puissance de la loi.

Je ne puis donc m'associer, sous ce rapport, aux critiques qu'un éminent jurisconsulte (1) a adressées à un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1826.

Le plus souvent, le point de savoir si le fait non purgé doit donner lieu à une peine plus grave que le fait déjà purgé, ne pourra s'apprécier que par le résultat d'une instruction et d'un débat : comment donc exclure *à priori* la possibilité d'une nouvelle poursuite ? Il n'y a pas de fin de non recevoir ; il y a seulement pour le ministère public une question d'opportunité et d'à-propos.

Si le crime antérieur à la condamnation, mais découvert depuis, entraîne une peine plus grave, il est bien évident qu'il y a lieu à nouvelles poursuites, et

(1) M. Mangin, *De l'Action publique*, t. II, p. 486, n° 458. Il faut lire sur la doctrine de M. Mangin une excellente note de M. Devilleneuve, à l'occasion du procès Lafarge, 41—4—883, et les observations de M. Faustin-Hélie, *Inst. crim.*, t. III, p. 766. L'opinion de M. Mangin a laissé ses traces dans la *Théorie du Code pén.*, t. I, p. 248, 3^e édit.—*De l'Exécution des Peines*, chap. VIII.

que, si la peine plus grave est prononcée, elle absorbera l'autre, et sera seule exécutée.

Si le crime découvert postérieurement à la condamnation n'emporte que la même nature de peine, il y a toujours lieu à nouvelles poursuites, lorsque le maximum de cette peine n'a pas été déjà appliqué. La différence entre la peine, dont il a déjà été fait application, et le maximum, constituera la pénalité disponible (1).

Un auteur, qui a écrit des pages judicieuses sur le Droit pénal, a soutenu qu'une seconde poursuite ne pourrait avoir lieu, pour un crime antérieur à la condamnation, qu'autant que le fait à poursuivre emporterait une peine d'une nature plus grave que la nature de la peine déjà appliquée, et il donne de cette solution deux raisons : 1° le procureur-général n'aurait pas à ordonner, aux termes de l'art. 379, Cod. Inst. crim., la suspension d'exécution de la première peine, si la peine à appliquer était de même nature, puisque l'exécution serait toujours une exécution profitable au condamné ; 2° si l'on suppose, par exemple, que la première condamnation est de sept ans de réclusion, il ne restera plus que trois ans de disponibles sur cette peine ; la seconde Cour d'assises prononcera donc une réclusion de trois ans, quand le minimum de la réclusion est de cinq ans : ce serait une violation de l'art. 21, Cod. pén. La seconde Cour d'assises, dit cet auteur, prononcera-t-elle une peine

(1) Sic. Cass., 8 novembre 1824 ; Sir. 25—4—81.

dans les limites du minimum et du maximum, avec déclaration qu'une partie de sa condamnation se confondra, dans l'exécution, avec la première condamnation ? Mais alors elle statuera sur l'exécution de son arrêt et empiètera sur le domaine du ministère public. Et il invoque les art. 165 et 197, Cod. Inst. crim. (1).

Il ne faut pas s'arrêter à cette argumentation : il y a deux dispositions dans l'art. 379 ; c'est la dernière qui a trait à la suspension de l'exécution qui doit avoir lieu dans deux cas : premier cas, découverte d'un fait qui peut entraîner contre le condamné une peine plus grave ; second cas, fait non compris dans l'accusation, à raison duquel le condamné a des complices qui sont ou vont être poursuivis.

La première disposition impose à la Cour le devoir d'ordonner une seconde poursuite dans ces deux cas, et c'est dans la première disposition que se trouvent les mots *si les crimes nouvellement manifestés méritent une peine plus grave*. Je ne crois pas qu'il faille dire, comme on l'a fait, que ces mots n'ont pas le même sens dans les deux paragraphes de l'art. 379 ; le second paragraphe, se référant au premier, se réfère évidemment aux mots dont il s'agit avec la signification qu'ils ont, et cela sans la dénaturer.

Ce qu'il faut dire, c'est que l'art. 379 est, non pas la consécration du principe du *non cumul* des peines, mais sa conséquence, qu'il est une des applications

(1) M. de Molène, *De l'Humanité dans les Lois*, p. 163 à 178.

de ce principe ; ce qu'il faut dire, c'est ce qu'on a déjà dit sur le point de savoir si la découverte, depuis la clôture du premier débat, d'un fait pouvant entraîner un châtement plus grave, comportait une seconde poursuite. On n'était pas évidemment dans les termes de l'art. 379, et cependant on appliquait le principe du *non cumul* ; il s'agit, non d'une disposition exceptionnelle, mais d'un principe de droit commun que notre législation pénale suppose et n'écrit pas, justement parce qu'il la domine. L'article 379, § 1, indique dans quel cas il y a obligation pour la Cour d'ordonner la poursuite ; il n'a pas pour but de déterminer à quelles conditions le principe du *non cumul* interdira au ministère public la faculté de poursuivre.

La seconde objection n'a pas plus de valeur : la seconde Cour, en appliquant la même nature de peine, n'aura à sa disposition que la partie non encore épuisée par la précédente condamnation. Qu'importe que cette partie soit inférieure au minimum, puisqu'il ne s'agit pas d'une condamnation distincte et indépendante de la première, puisqu'il ne reste qu'à faire ce qu'aurait fait la première Cour d'assises, si tous les faits eussent pu être compris et enveloppés dans le même débat ? La première Cour d'assises a prononcé sept ans de réclusion, la seconde Cour trois ans : la seconde Cour d'assises est présumée faire ce qu'aurait fait la première, si elle eût appliqué la peine aux deux faits. On répute qu'elle eût fait l'application du maximum. C'est ainsi que la seconde Cour d'assises

pourrait ne prononcer aucune peine, alors même que la première n'eût prononcé que le *minimum*. L'appréciation des actes antérieurs à la première condamnation se fait en deux fois, voilà tout.

Mais la juridiction répressive statue ainsi sur une question d'exécution ! Elle ne vide pas un incident, elle le prévient ; elle précise la portée de son arrêt. Le ministère public, d'ailleurs, est l'intermédiaire, et non le juge de l'exécution.

A quelles infractions le principe du *non cumul* des peines est-il applicable ?

Il est incontestablement applicable au cas de concours de plusieurs crimes antérieurs à une condamnation devenue irrévocable et au cas de concours d'un crime et d'un délit.

Est-il applicable au cas de concours de deux délits ?

Un de nos plus éminents jurisconsultes a émis des doutes sur ce point ; il n'a pas demandé mieux que d'admettre le principe du *non cumul*, quand la connaissance des divers délits était déferée au jury, parce que les art. 365 et 379 sont sous la rubrique *des affaires soumises au jury* ; mais il a pensé que ce serait peut-être dépayser les art. 365 et 379 que d'en confier l'application aux Tribunaux correctionnels.

En supposant même que le principe du *non cumul* des peines dût sa consécration aux art. 365 et 379, est-ce que ce principe appartiendrait plutôt au jury qu'aux tribunaux correctionnels ? Est-ce qu'il y aurait quelque chose de spécial qui le rattacherait à

une juridiction spéciale ? Est-ce qu'il constituerait une règle de procédure ?

Pour ceux qui voient dans les art. 365 et 379 un hommage au principe du *non cumul* des peines, une conséquence du principe et non sa consécration ; pour ceux qui l'appliquent en dehors de ces textes, il est bien évident que la question de juridiction est une question indifférente et que l'auteur de plusieurs délits, antérieurs à toute condamnation, n'est exposé qu'au *maximum* de la peine qu'entraîne le fait le plus grave.

Le principe du *non cumul* des peines est-il applicable au concours de contraventions ?

La Cour de cassation a longtemps dit oui (1), et elle a rendu de nombreux arrêts en ce sens, de 1837 à 1842.—Mais en 1842 elle a abandonné cette jurisprudence, et s'est, sur les conclusions de M. Dupin, ralliée à la doctrine à laquelle elle avait d'abord résisté (2).

La solution nouvelle est fondée sur deux motifs : le premier, c'est que l'art. 365 ne parle que de crimes et de délits ; le second, c'est que les contraventions ne sont le plus souvent que de simples infractions ou

(1) V. notamment : arr. Cass., 23 mars 1837 ; 19 mars 1841 ; 13 mai 1841 (Dev. 37—1—365 ; 42—1—241 ; 44—1—517).

(2) Voir : arr. 7 juin 1842, ch. réun., Dev. 42—1—497. Il faut lire le *Réquisitoire* remarquable de M. Dupin. — Dans le même sens : Cass. 25 janvier 1845 ; 19 janvier 1849 ; 17 mai 1851 ; Dev. 45—1—65 ; 50—1—349 ; 51—1—376 et 380.

omissions, négligences ou désobéissances, sans intention de celui qui les a commises, à des lois ou à des règlements de police. Ce second motif est, à mon sens, le véritable élément de décision : le premier motif n'est pas d'une grande importance, si l'art. 365 est non la consécration, mais le corollaire du principe.

La pénalité en matière de contravention est soumise à des principes spéciaux : il n'y a de récidive qu'à la double condition : 1° que la nouvelle contravention se produise dans les douze mois qui suivent un premier jugement pour contravention ; 2° que cette contravention soit commise dans le ressort du même Tribunal. Tout cela n'indique-t-il pas qu'il s'agit bien moins de punir une résistance volontaire à des commandements sociaux, que d'exciter à plus de surveillance et de réflexion ?

Le maximum, d'ailleurs, de la pénalité applicable à la contravention la plus grave, est trop peu élevé et offre trop peu de latitude aux juges pour réprimer, avec une seule peine, des contraventions multipliées.

Remarquez-bien que la solution que j'adopte n'est pas subordonnée à la condition que ce soit le Tribunal de simple police qui statue ; elle est indépendante de la question de juridiction, et je l'appliquerais alors même que la Cour d'assises prononcerait la peine des contraventions cumulées.

Doit-on appliquer le principe du *non cumul* aux peines accessoires ?

Il semble, à ne consulter que superficiellement la jurisprudence de la Cour de cassation, que la négative

sur cette question est aujourd'hui à l'abri de toute controverse. De nombreux arrêts décident en effet que le renvoi sous la surveillance de la haute police doit être prononcé, bien que la peine de l'infraction la plus grave ne l'entraîne pas comme conséquence, s'il est attaché à l'infraction la moins grave.

Mais, en examinant les espèces de ces arrêts, on ne tarde pas à se convaincre qu'il n'était pas question du renvoi sous la surveillance de la haute police, véritablement peine *accessoire*, c'est-à-dire du renvoi qui n'a pas besoin d'être écrit dans la condamnation ; il s'agissait, non du renvoi prévu par les art. 46 et 47 du Code pénal, mais du renvoi prévu par l'art. 50.

Or, j'ai beaucoup insisté sur cette remarque, que autre chose est la *peine accessoire*, autre chose la *peine complémentaire*. On comprend très bien qu'une peine spéciale liée, non à la peine principale, mais à l'infraction elle-même, à raison de certains caractères spéciaux, ne doive pas être écartée, parce que l'agent, indépendamment de l'infraction spéciale, a commis une autre infraction, entraînant une peine plus forte.

Ainsi, l'escroquerie est punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans (art. 405 Code pén.); elle n'entraîne pas la surveillance de la haute police. Le vagabondage est puni d'un emprisonnement de trois à six mois, et de plus du renvoi sous la surveillance de la haute police, de cinq ans à dix ans ; ce renvoi est obligatoire (art. 271 Code pénal).

L'agent convaincu tout à la fois d'escroquerie et de vagabondage ne sera puni que de la peine principale de l'escroquerie ; mais il devra subir la peine complémentaire, additionnelle du vagabondage, le renvoi sous la surveillance de la haute police (1).

Ce qui explique la confusion, c'est que l'expression *peine principale* a un double sens : elle est employée tantôt par opposition à la *peine additionnelle*, tantôt par opposition à la *peine accessoire*, de résultante.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 7 juin 1851 (2), a consacré la doctrine que la peine véritablement accessoire ne devait pas recevoir son exécution, quand la peine principale à laquelle elle était attachée, ne pouvait être prononcée parce qu'elle était absorbée par une peine plus forte ; s'il en était autrement, on admettrait un effet sans cause. Ainsi l'agent poursuivi à raison de deux crimes, dont l'un serait puni des travaux forcés à temps, et dont l'autre serait puni des travaux forcés à perpétuité, ne serait pas soumis au renvoi sous la surveillance de la haute police, s'il avait été condamné à la peine perpétuelle, et que plus tard il lui fût fait remise, sans condition, de cette peine.

Les peines pécuniaires comportent-elles l'application du principe du *non cumul* ?

(1) Voir Cas. 23 sept. 1837 ; 12 sept. 1844 ; 24 avril 1847 ; 13 juin 1853 ; Nîmes, 24 janvier 1852. — Devill. 37—1—1834 ; 44—1—239 ; 47—1—688 ; 53—1—461 ; 52—2—43.

(2) Devill. 51—2—351. — Voir aussi Muyart de Vouglans ; les *Lois Criminelles*, liv. II, tit. II, 15^e règle, *in fine*.

Oui, la loi ne distingue pas entre les peines corporelles et les peines pécuniaires : la jurisprudence, longtemps flottante, s'est fixée dans ce sens (1).

Le principe du *non cumul* serait inapplicable aux amendes qui auraient le caractère de réparations civiles.

Au reste, il est bien entendu que je ne m'occupe que de la règle et non des exceptions : en matière de crimes et de délits, le principe du *non cumul* a subi des limitations et des restrictions. Des dispositions exceptionnelles peuvent l'écarter et l'ont écarté.

Voilà bien des difficultés ; il en est pourtant d'autres encore, et de plus ardues peut-être, parce qu'elles n'ont guère été explorées.

Quel est au juste le véritable caractère du principe du *non cumul* ? A-t-il une force propre, indépendante du jugement qui peut le consacrer ? En d'autres termes, n'est-il efficace qu'autant qu'il est écrit, sanctionné dans la dernière condamnation ? Est-ce un principe qui régisse l'exécution, et qui survive à l'autorité du jugement qui l'a méconnu ou, par ignorance du fait, n'en a pas tenu compte ?

La question ne peut guère se présenter quand les diverses infractions sont comprises dans le même débat et purgées par la même condamnation ; le juge n'appliquera pas deux fois une peine d'une

(1) V. Arrêts de Cass. des 3 octobre 1835, 26 janvier 1837, 17 mai et 2 juin 1838.

même classe, ni deux peines de classes différentes. S'il le faisait, s'il violait ainsi ouvertement les prescriptions de l'art. 365 du Code d'instruction criminelle, je ne crois pas qu'il fût douteux qu'un pourvoi fût nécessaire pour libérer le condamné d'une des deux peines : le mal jugé peut acquérir l'autorité de la chose jugée, sauf le remède de la grâce ou de l'art. 441 du Code inst. crim.

Ce que je veux constater seulement, c'est que dans cette hypothèse, le principe du *non cumul*, écarté par le jugement, ne pourrait être invoqué par le condamné ; il n'aurait pas le caractère d'un principe d'exécution plus puissant que le jugement.

Mais je suppose que les deux crimes ont été l'objet de deux poursuites successives ; l'agent a été condamné contradictoirement à dix ans de travaux forcés ; il s'est dérobé à la peine ; il est poursuivi à raison d'un autre fait antérieur à la première condamnation ; il se garde de révéler ses antécédents à la Cour d'assises, il espère peut-être un acquittement ; il est frappé d'une condamnation à dix ans de réclusion ; il ne se pourvoit pas dans les délais contre le second arrêt ; pourra-t-il, malgré l'autorité des deux décisions, se soustraire à l'exécution de l'une des deux pénalités prononcées ?

Oui, si le principe du *non cumul* des peines est un principe édicté plutôt comme règle des obligations du ministère public, chargé d'assurer l'exécution des condamnations, que comme un principe à appliquer par l'autorité judiciaire. — Non, si le principe du *non*

cumul n'est qu'un principe qui doit servir à mesurer la condamnation à prononcer, et s'il appelle la sanction du juge.

Eh bien ! à quelle adresse est le principe du *non cumul* des peines, au moins dans les applications que la loi en a faites ? Est-ce à l'adresse du pouvoir exécutif ou est-ce à l'adresse du pouvoir judiciaire ?

Que dit l'art. 365, Code d'instruction criminelle ?
« En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits,
« *la peine la plus forte* sera seule *prononcée*. »

Ainsi, interdiction au juge de cumuler les deux peines.

Ce principe, comme tous les autres principes du Droit pénal, est sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire ; conséquemment, si le principe a été opposé avant la condamnation, et s'il a été méconnu, il nécessite l'emploi des voies de recours ; s'il n'a pas été opposé, et que, dans l'ignorance des faits qui donnaient lieu à son application, on n'en ait pas tenu compte, et c'est notre hypothèse, la question est plus sérieuse. Ne pourrait-on pas autoriser le condamné à soulever une question d'interprétation, à revenir soit devant la juridiction dont la seconde condamnation émanerait, soit devant le Tribunal civil, comme juge des questions d'exécution, pour faire décider que la plus forte des peines écrites dans les deux condamnations serait seule exécutée ? Le condamné dirait : on n'a pas méconnu un principe dont je ne me suis pas prévalu ; la pénalité n'a été prononcée que sous la condition que je n'aurais pas encouru ou que je n'en-

courrais pas une condamnation à une peine plus forte qui l'absorbât.

Mais on n'interprète que ce qui est équivoque, et il serait bien difficile d'incorporer à la seconde condamnation les conditions et les restrictions tacites à l'aide desquelles on essaierait de la corriger.

Je crois que la plus sûre espérance du condamné serait dans la grâce, qu'il n'aurait aucun recours judiciaire.

Si l'on renversait l'hypothèse, et que la seconde Cour d'assises, dans l'ignorance d'une première condamnation à dix ans de réclusion, eût prononcé dix ans de travaux forcés, la question comporterait plus de doute, puisqu'après tout elle n'aurait fait que ce qu'elle eût dû faire si elle eût connu la véritable situation de l'agent. Avait-elle besoin de dire que la peine des travaux forcés absorberait la peine de la réclusion ? De quel texte ferait-on résulter cette obligation pour elle ? De ce qu'il est bien facultatif à la Cour, quand elle la connaît, d'expliquer que la première condamnation se confondra dans la seconde, peut-on légitimement conclure qu'elle a violé l'art 365, quand elle a négligé cette précaution ? Pourquoi appliquer à la seconde condamnation, prononcée dans l'ignorance du précédent judiciaire, une règle autre qu'à la condamnation prononcée en pleine connaissance de cause ?

Ces objections ne sont pas sans force ; cependant je crois que si le condamné n'use pas des voies de recours, il pourra subir les deux peines. S'il

eût fait connaître sa position, ce n'est peut-être pas dix ans, mais vingt ans de travaux forcés que la Cour eût appliqués ; sa réticence ne saurait lui profiter.

S'il se pourvoit, la Cour de cassation, en cassant, devra renvoyer devant une Cour d'assises qui appréciera comment elle doit mesurer la peine.

Des jurisconsultes d'une grande autorité (1) ont semblé appliquer au principe du *non cumul* un caractère bien différent ; ils considèrent que ce principe fait obstacle à l'exécution entière de deux condamnations successives, qui, même rapprochées et réunies, ne violent pas le principe de l'art. 365. Ils supposent qu'un agent a été d'abord condamné à huit ans de travaux forcés, puis à douze ans de travaux forcés, par un second arrêt, pour un fait antérieur à la première condamnation. La réunion des deux peines n'excède pas le maximum, vingt ans ; cependant ils professent que le condamné, et cela de plein droit, ne subira que douze ans de travaux forcés, bien que le second arrêt n'ait pas dit que la seconde peine se confondra jusqu'à due concurrence dans la première.

A plus forte raison décideraient-ils que le principe du *non cumul* ferait obstacle à l'exécution de deux condamnations, dont chacune prise isolément serait conforme à la loi, mais qui, rapprochées, excéderaient le maximum de la plus forte peine : *exempli gratia*,

(1) *Théorie du Code pénal*, t. I^{er}, p. 245, 3^e édition.

si chacune des deux condamnations infligeait quinze ans de travaux forcés.

Dans l'hypothèse que ces auteurs prévoient, je crois que, sauf les questions d'interprétation qui pourraient s'élever, le condamné devrait subir vingt ans de travaux forcés ; car il restait à la seconde Cour, pardonnez-moi le mot, *un disponible* de douze ans.

Dans l'hypothèse qu'ils n'ont pas prévue, de trente ans de travaux forcés. résultat de deux condamnations successives, je crois que le condamné qui ne se serait pas pourvu contre le dernier arrêt serait à la discrétion du pouvoir exécutif, qu'il ne pourrait réclamer aucun secours judiciaire.

Cette doctrine est bien dure, je ne me le dissimule pas, mais la grâce est là pour corriger les conséquences du Droit ; un arrêt de la Cour d'Angers, du 25 mai 1832, a admis la solution que je vous propose (1).

Les auteurs dont je viens de combattre l'opinion reconnaissent que leur solution n'a pas la sanction de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de peines d'une même classe appliquées par des condamnations diverses. Je ne crois pas que la jurisprudence admette que, dans le cas même où il s'agit de peines de classes différentes, écrites dans des condamnations successives pour des faits antérieurs à la première condam-

(1) Dev. 32—2—334.

nation, la plus grave des condamnations absorbe l'autre de plein droit.

Ce résultat, qui est dans la pensée de la loi, doit être consacré explicitement ou au moins implicitement par le jugement.

Si la seconde juridiction refuse sa consécration au principe du *non cumul*, il existe des voies de recours; elles doivent être utilisées.

Encore une fois, le principe du non cumul des peines n'est pas au-dessus de l'autorité de la chose jugée.



QUATORZIÈME LEÇON.

Transition de l'explication du premier livre à l'explication du second livre du Code pénal.—Conditions de l'imputabilité.—Art. 64 du Code pénal.—*Intelligence* au moment de l'infraction.—Variétés de la démence.—Démence partielle.—Ivresse.—Distinctions proposées, rejetées.—Degrés de l'ivresse.—Démence survenue depuis l'infraction ou depuis la condamnation.—*Liberté*.—La contrainte morale doit-elle être assimilée à la contrainte physique ?—Le paroxysme de la passion n'est jamais réputé une contrainte morale.—Art. 327, 328 et 329 du Code pénal.—Choix de quelques questions soulevées sur ces articles.—Question de l'obéissance passive.—Question du droit de légitime défense.—La nécessité actuelle de la défense des biens n'affranchit-elle jamais l'homicide de pénalité ?—C'est à l'agent qu'incombe l'obligation de renverser la présomption d'intelligence et de liberté.—Art. 1116 et 2268 du Code Napoléon.—La bonne intention soustrait-elle l'agent à la répression ?—*Quid* du consentement de la partie lésée ?—La loi pénale atteint-elle l'homicide exécuté par ordre de l'homicidé ?—Discussion.—Conclusion.

MESSIEURS,

L'ordre légal appellerait aujourd'hui l'explication de l'aggravation de pénalité attachée à la circonstance de la récidive, c'est-à-dire des art. 56, 57 et 58 du Code pénal. Mais la circonstance de la récidive ne se lie sous aucun rapport aux caractères et aux conséquences des peines. Cette circonstance est même

extrinsèque à l'infraction ; elle est inhérente à l'agent : *adheret personæ, non rei aut causæ*.—Je ne m'occuperai donc de la récidive que lorsque j'aurai indiqué les conditions essentielles de l'imputabilité. Quand vous saurez à quelles conditions l'imputation est subordonnée, vous comprendrez mieux l'influence des circonstances qui l'aggravent ou qui la mitigent.—Je laisse donc momentanément de côté les art. 56, 57 et 58, et je fais pour eux ce que j'ai déjà fait pour l'art. 16. Ce n'est qu'un ajournement.

La loi, l'infraction, la pénalité, voilà ce qui a fait jusqu'ici l'objet de nos études. J'arrive à l'agent.—Vous entrez dans le second livre du Code pénal.

Pourquoi l'agent est-il responsable devant la loi pénale ?

L'homme est un être intelligent et libre ; intelligent, il comprend et apprécie ce qui est bien, ce qui est mal ; libre, il a le pouvoir de préférer le bien au mal, et s'il préfère le mal au bien, il a conscience d'exercer son choix à ses périls et risques. C'est parce que l'homme est intelligent et libre que l'application de la sanction pénale est légitime.

L'agent a su qu'en violant une des lois de l'ordre moral au maintien de laquelle la société avait intérêt, et qu'elle avait transformée en *loi positive*, il s'insurgeait contre le pouvoir, que son acte de rébellion l'exposait à un châtiment ; et cependant il ne s'est pas arrêté devant la menace de la loi. Or, je vous l'ai dit, la loi cesserait d'être une loi, si elle était désarmée de moyens coercitifs imposant le respect et

l'obéissance, si elle était désarmée de moyens répressifs attestant l'efficacité et la puissance de ses prescriptions et de ses menaces : *legis virtus hæc est : imperare, vetare, permittere, punire.* (Loi 7. D. de legibus).

La pénalité n'est pas un moyen préventif contre tous les criminels possibles ; elle est à l'adresse de l'intelligence et de la liberté de chaque agent. Menace, elle fortifie le lien du devoir social ; appliquée, elle est l'expiation sociale de la violation individuelle de ce devoir. L'intelligence et la liberté, au moment de l'acte qualifié infraction, sont donc deux conditions dont le concours est indispensable pour qu'une pénalité frappe l'agent. Si l'agent était dans un état tel qu'il lui fût impossible de comprendre que son action était contraire à la loi, qu'elle était défendue à peine de châtiment, ou si, connaissant le caractère de son action, il a été contraint à son accomplissement par une force à laquelle il n'a pu résister, il pourra bien y avoir un fait matériel dont les conséquences seront plus ou moins déplorables ; mais ce fait matériel, isolé de toute intention coupable, sera à l'abri de toute punition.

C'est là le double principe que proclame l'art. 64 du Code pénal : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence *au temps de l'action*, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

Intelligence et liberté, voilà les deux conditions : La liberté, sans doute, implique l'intelligence, mais l'intelligence n'implique pas la liberté.

Je m'occupe séparément de chacune de ces deux conditions.

J'examine d'abord ce qui concerne l'intelligence.

La responsabilité d'un acte ne peut peser que sur celui qui a compris cet acte : donc, l'homme en démence au moment de l'action ne peut pas être responsable de cette action.

La démence c'est un état générique qui comprend bien des états ; ce n'est pas seulement l'extinction des facultés intellectuelles, c'est leur altération, leur égarement, leur déviation ; ce n'est pas seulement l'absence, la privation de toute espèce d'idées, mais c'est l'absence et la privation d'idées justes ; l'absence de ces notions communes aux gens sensés, de ces notions qui constituent un patrimoine collectif, l'un des plus sûrs et des plus énergiques liens sociaux.

La démence, ce n'est pas seulement l'idiotisme et l'imbécillité ; c'est la folie avec ses nuances variées, ses diversités de formes, sa physionomie multiple ; c'est la folie, pourvu qu'elle soit complète ou au moins générale ; c'est l'extravagance avec ses divagations ; c'est la folie furieuse avec la frénésie de ses accès.

La folie partielle ou folie concentrée sur un point unique, appelée monomanie, n'affranchit pas en général de la responsabilité pénale ; elle n'est une cause d'affranchissement qu'autant que l'idée fixe dans laquelle elle consiste a été la cause unique de l'action, et qu'autant que cette idée fixe n'était pas une idée volontairement caressée et nourrie par l'agent, mais était devenue une idée continue, incessante, perpé-

tuelle ; une de ces idées irrésistibles et fatales qui enchaînent et subjuguent sans qu'on en ait conscience.

Les causes de la démence, quand son existence est constante, sont indifférentes ; que cette démence résulte d'accidents ou de malheurs non imputables à l'agent, ou de faits volontaires, comme d'actes de débauche, peu importe ; le résultat est le même. Si l'agent n'a pas eu conscience du caractère de son acte, il ne saurait être puni.

L'état d'ivresse complète, complète à ce point qu'elle étouffe le sens moral et qu'elle détruise toute raison, peut-il être assimilé à la démence et exclure l'application d'une pénalité ?

Cette question a beaucoup exercé les criminalistes ; quelques-uns refusent à toute espèce d'ivresse, si complète qu'elle soit, les conséquences de la démence ; d'autres font des distinctions. L'état d'ivresse a-t-il été un état accidentel, ou est-il un état habituel ? A-t-il été volontaire ou involontaire ? A-t-il été ou n'a-t-il pas été précédé de la préoccupation, de la pensée du crime qui a été commis pendant sa durée ? A-t-il ou n'a-t-il pas été un moyen auquel l'agent a eu recours, soit pour se donner le triste courage du crime et s'étourdir contre la crainte du châtement, soit pour se préparer une protection contre la pénalité ? Ce n'est que dans le cas où l'ivresse a été tout à la fois et accidentelle et involontaire que certains jurisconsultes voient dans cette ivresse une cause de non imputabilité. Si l'ivresse est un état habituel, c'est une immoralité, et une immoralité ne saurait être une protection pour

celui qui s'y est livré. Si l'ivresse, quoique non habituelle, a été volontaire, en ce sens qu'elle n'a pas été le résultat d'une surprise ou d'une mauvaise disposition physique ; si elle a été en quelque sorte consentie, acceptée, bien qu'elle n'ait pas été précédée de la préoccupation et de la pensée d'un crime, elle doit entraîner la responsabilité de ses conséquences, parce que quiconque a voulu la cause, est réputé avoir voulu toutes les conséquences qu'elle peut entraîner.

Que si l'ivresse a été non seulement volontaire, mais encore un moyen prémédité de s'encourager au crime et de se garantir de la sévérité de la loi, l'ivresse n'est pas même une atténuation ; elle serait plutôt une aggravation du mal.

Ces solutions sont bien sévères, bien rigoureuses, et, pour notre compte, nous ne saurions nous y soumettre.

Je reprends toutes les branches de cette distinction.

Si l'ivresse n'est ni habituelle, ni volontaire, et qu'elle ait été complète, au point d'étouffer absolument le sens moral, ne doit-on pas dire ce que la loi romaine disait de la folie : *fati infelicitas excusat* ? Ce mot s'applique parfaitement à l'ivresse accidentelle et involontaire.

Quant à l'ivresse habituelle, on dit que c'est une immoralité ; soit ; qu'on la punisse, à ce titre, comme délit spécial ; qu'on y voie une abdication coupable de la volonté, une imprudence dangereuse, un oubli de dignité personnelle, rien de mieux ; l'être intelli-

gent et libre sera puni pour un abus de son intelligence et de sa liberté. Il sera puni pour avoir fait ce qu'il pouvait s'abstenir de faire, pour n'avoir pas prévenu ce qu'il pouvait et devait prévenir ; punissez l'agent pour s'être enivré, mais ne le punissez pas pour des actes commis pendant l'ivresse, c'est-à-dire pour des actes auxquels sa raison et sa liberté n'ont pas participé.

Je repousse par le même argument l'application de la loi pénale aux faits commis pendant l'ivresse, non habituelle mais volontaire, quand elle n'a pas été précédée de la préoccupation du crime : vous dites : qui veut la cause est réputé vouloir les conséquences ; cela serait vrai peut-être, si les crimes commis pendant l'ivresse étaient une conséquence nécessaire et prévue de cet état d'ivresse. Mais ces crimes sont bien sans doute une des éventualités de l'ivresse, ils sont une de ses mauvaises chances, mais ils n'en sont certainement pas l'apanage obligé et l'accessoire indispensable.

Quand l'ivresse a été l'un des moyens du crime, sans doute la question est plus difficile ; toutefois, lorsque l'ivresse est complète et absolue, qu'elle a éteint toute conscience et toute volonté, elle est une démence momentanée à mes yeux, et elle doit avoir toutes les conséquences de la démence. Or, tout le monde reconnaît que pour la démence proprement dite il ne faut pas s'attacher à sa cause ; qu'elle soit le résultat d'un coup du sort ou le fruit d'une vie de désordre, l'absence de toute volonté est exclusive de

toute application d'une pénalité. Pourquoi pourrait-on plutôt remonter aux causes de l'ivresse qu'aux causes de la démence ? Faites de l'ivresse un délit spécial, et de la préoccupation du crime faites une circonstance aggravante ; mais ne dites pas que le crime de l'ivresse complète est le crime de la volonté. Il ne suffit pas que la volonté criminelle ait préexisté au crime ; il faut qu'elle en soit contemporaine et qu'elle ait présidé à son accomplissement.

Remarquez, d'ailleurs, que qui s'enivre pour s'encourager au crime n'avait pas encore une volonté bien ferme, bien inébranlable de commettre le crime, qu'il avait moins une volonté que la volonté d'avoir une volonté. Mais, dit-on, l'agent a pu, dans l'ivresse, chercher un moyen de défense : cela d'abord est bien peu vraisemblable ; car, par l'ivresse, il s'est enlevé bien mieux que des moyens de défense ; il s'est enlevé la possibilité de prendre les précautions à l'aide desquelles il aurait pu peut-être parvenir à dissimuler qu'il était l'auteur du crime ; il s'est de plus exposé à perdre jusqu'à la pensée du crime.

Je ne crois pas que ce soit dans ces distinctions qu'il faille chercher la solution : la pensée même qui a précédé l'ivresse volontaire ne peut avoir une grande influence sur l'application de la loi pénale.

L'agent qui a commis un crime pendant son ivresse avait déjà commis un crime dans le même état ! S'il s'est enivré de nouveau, sans doute son imprudence a été plus grande ; mais si, au moment où il a

violé la loi, il avait perdu toute intelligence, et si, pour lui, la distinction entre le bien et le mal n'était pas seulement obscurcie, mais était complètement anéantie, doit-il supporter la responsabilité d'un acte auquel l'homme était étranger, puisqu'il n'y avait plus qu'une brute ?

La responsabilité de l'ivresse, je la comprends et je l'admets ; mais pourquoi la responsabilité d'un des accidents de l'ivresse, par cela seul que cet accident aurait pu et dû même être prévu ? L'imprévoyance et la témérité sont sans doute dignes de châtiment ; mais doivent-elles entraîner, par exemple, la peine d'un meurtre (1) ? La circonstance même que l'ivresse a été, comme disent les criminalistes, *procurée*, qu'elle a été obtenue comme un auxiliaire pour la perpétration du crime, doit être sans doute une grave raison pour ne pas présumer que l'ivresse a été complète, tout à fait abolitive du sens moral ; mais si la preuve de l'extinction absolue de toute conscience au moment de l'action est rapportée, si elle est évidente et irréfragable pour tous, comment punir, comme un fait volontaire et libre, un acte exclusivement matériel ?

Si l'ivresse ainsi caractérisée, au lieu de se traduire en fureur, en démence passagère, se fût traduite en hébètement léthargique, et que l'homme ivre, en tombant, eût écrasé de son poids un enfant,

(1) *Contrà*, *Théorie du Code pénal*, t. I^{er}, p. 519, 3^e édit., Faustin-Hélie et Chauveau.

lui imputerait-on cet homicide comme homicide volontaire (1) ?

Qu'on dise que la réalisation de la pensée qui a précédé l'ivresse est incompatible avec l'idée d'une raison et d'une volonté radicalement abolies, j'approuve cela pleinement : on ne saurait se montrer trop difficile quand l'agent demande à repousser la présomption d'intelligence et de liberté qui résulte de la nature humaine. Mais qu'on ne dise pas que la société, dans notre système pénal, punit le concours successif de la volonté et du fait. La volonté sans le fait, le fait séparé de la volonté échappent à la répression.

L'approbation donnée à l'acte par l'agent, depuis le retour de la raison, n'aurait d'importance que pour l'appréciation de son état au moment de cet acte ; elle n'imprimerait pas rétroactivement au fait une criminalité qu'il n'avait pas eue. *Nunquam crescit ex post facto delicti estimatio*. Fragm. 138, D. de regulis juris.

Un criminaliste italien, qui n'est pas plus que moi bienveillant pour l'ivresse, quoiqu'il ait consacré plusieurs pages à sa description, a dit avec raison que les distinctions devaient se puiser, non pas dans les

(1) *Contra*, sur ce point MM. Chauveau et Faustin-Hélie, t. 1^{er}, p. 518. — Sauf les deux restrictions que nous venons d'indiquer, ces deux savants criminalistes considèrent que l'ivresse complète doit décharger de la pénalité. Toutefois ils lui refusent le nom de démence, mais ils lui en accordent tous les effets.

circonstances qui ont précédé ou suivi l'ivresse, mais dans les degrés de l'ivresse même.

Il distingue dans l'ivresse quatre degrés : le premier degré ce n'est qu'une excitation qui ne fait qu'accroître ce qu'il appelle *vis vitæ*, et qui imprime à l'intelligence et à la volonté plus d'énergie et de force. Le second degré c'est la perte de la mémoire, l'imprévoyance de l'avenir, le sentiment exagéré, désordonné de la personnalité se concentrant dans le présent ; ce n'est plus la simple excitation des facultés, c'est déjà leur altération ; la notion du bien et du mal survit ; l'agent seulement croit qu'il la domine, il la foule aux pieds parce que, dans l'exaltation de son orgueil, il ne veut plus reconnaître de loi ; c'est dans cet état que le plus souvent, dit le criminaliste italien, les crimes se commettent, et il est bien évident qu'il n'est pas exclusif d'imputation. L'ivresse à ce degré ne crée pas les mauvais penchants, elle les dévoile et leur ôte tout frein.—Dans le troisième degré l'homme ivre n'est pas fou encore : il n'a plus l'idée complète même du présent, mais il n'a pas perdu toute faculté de penser, de vouloir ; il a la connaissance de lui-même ; il a le sentiment de la passion dominante à laquelle il cède ; il y a *de l'homme* encore en lui, et, pour emprunter une citation heureuse au criminaliste dont j'essaie de résumer la théorie : « *Tanquam mente captus et trahit et trahitur.* » Le sens moral est perverti, mais il n'est pas éteint : la pénalité a en face d'elle un coupable ; elle doit

conserver ses droits et protéger la société en protégeant la loi.

Le quatrième degré, c'est l'extinction de toute vie morale et intellectuelle : il n'y a plus que des impulsions purement machinales : dans cet état, il y a un animal furieux, contre lequel on prend des précautions de défense, mais dont les actes purement physiques ne sauraient être frappés d'un châtiment. *Furiosus in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur. Furiosus absentis loco est. L. 2, § 3 ff., de jure codicill.,—L. 124, ff., de regulis juris.* Mais l'imputation n'est exclue que par la disparition de toute volonté, de toute lueur de raison. Comme le dit très bien l'auteur : distinguer mal une limite n'est pas la même chose que ne pas la distinguer du tout.

Cette théorie est, à mes yeux, la vérité juridique ; mais je ne dis pas, avec ce criminaliste, que la loi ne contient aucune présomption pour ou contre les individus ivres ; car l'agent qui prétend puiser une immunité ou seulement une excuse dans l'ivresse, a contre lui une présomption à renverser, la présomption de raison et de liberté qui s'attache à la nature de l'homme (1).

Cette doctrine qui n'offre aucun danger social, si elle est sagement appliquée, est celle que pro-

(1) Nicolini, *Principes philosophiques et pratiques du Droit pénal*, trad. d'Eug. Flottard, p. 192 à 227.

fessent aujourd'hui les criminalistes les plus autorisés (1).

La question est une question de fait et non une question de Droit. Voilà pourquoi notre Code pénal n'a rien dit et n'a dû rien dire de l'ivresse. Le double principe que l'intelligence et la liberté doivent exister au moment de l'action, suffit à la conciliation de l'intérêt de la société et de la justice.

Ces explications me dispensent d'examiner ce qui concerne les infractions commises par les *noctambules* ou *somnambules* (2).

La démence survenue depuis l'infraction exclut-elle la possibilité d'une condamnation ?

Oui, tant qu'elle dure. Comment pourrait-on juger, puis condamner un homme incapable de se défendre ?

Mais la démence survenue depuis la condamnation empêche-t-elle l'exécution de cette condamnation ?

Non, dit-on, l'art. 64 est inapplicable ; soit ; mais l'exécution est interdite par un principe qui n'a pas besoin d'être écrit dans la loi. Non seulement la sanction pénale ne peut *menacer* que des êtres intelligents et libres, mais elle ne doit *frapper* que des êtres intel-

(1) M. Rossi, *Droit pénal*, t. II, p. 187. — Boitard, *Leçons de Code pénal*, p. 319 à 323. — MM. Chauveau et Hélie, t. I^{er}, p. 514. — M. Lesellyer, t. I^{er}, n^o 66, p. 138. — M. Achille Morin, *v^o Ivresse*.

(2) Voir Mnyart de Vouglans, *Lois criminelles*, l. IV, p. 29. — MM. Faustin-Hélie et Chauveau, t. I, p. 511, 3^e édition. — M. Rossi, t. II, p. 180, liv. II, ch. XVII.

ligents et libres. La légitimité de l'application pénale est subordonnée à la condition que l'agent ait conscience qu'il l'a méritée.

Sans doute, dans le système qui ne voit dans la peine qu'un moyen d'intimidation, le châtiment d'un homme devenu fou aurait tous les effets d'exemplarité ; mais, pour nous, l'homme puni n'est pas un instrument dans la main du pouvoir social ; il est un homme forcé à reconnaître la puissance et l'efficacité de la loi. Or il ne peut reconnaître cette puissance s'il est dénué de raison (1).

J'ai examiné ce qui concernait la première condition de l'imputabilité pénale, l'*intelligence* ; j'examine ce qui concerne la seconde condition, la *liberté*.

La *liberté*, c'est la faculté d'exercer la volonté ; la liberté, bien que l'intelligence existe, peut défaillir sous le coup d'une contrainte matérielle ou morale, à laquelle il est impossible de résister.

On a critiqué l'assimilation de la contrainte morale à la contrainte physique, sous le prétexte que la contrainte morale supposait toujours un calcul de la raison, un choix : cette assimilation résulte, sinon de la lettre, au moins de la pensée de la loi.—L'objection est-elle fondée ? La responsabilité étant la conséquence de la liberté, la pénalité ne saurait atteindre que l'agent véritablement libre ; et, dans la réalité des

(1) Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. I, t. V, chap. II, art. 7 et 8, p. 28.—MM. Chauveau et Faustin-Hélie, t. I^{er}, p. 527, dern. édit.—*Contra*, Rousseau de Lacombe, p. 29.

choses, celui-là n'est pas libre qui ne peut s'abstenir de violer la loi que par un courage d'abnégation au-dessus des forces ordinaires et raisonnablement appréciées de la nature humaine. La loi n'impose pas, à peine d'un châtiment social, l'héroïsme ou le martyr.

Les cas de contrainte physique, exclusive de liberté, sont bien rares ; ils supposent, en effet, que l'agent n'a été qu'un instrument matériel, mis en mouvement par une force matérielle, qui n'a pas seulement influencé ou même dominé sa volonté, mais qui l'a radicalement étouffée, et en quelque sorte confisquée ; on ne comprend guère que les auteurs d'une pensée coupable en imposent de vive force la réalisation à une main qui ne serait pour eux qu'un outil dénué d'activité propre.

Les cas de contrainte morale sont beaucoup plus fréquents ; mais, pour que cette contrainte morale soit exclusive de culpabilité, il faut qu'elle provienne d'une cause étrangère à l'agent, et non d'une cause interne dont il n'aurait pas assez tôt arrêté et comprimé le développement ; ainsi, bien qu'une violente passion, caressée, encouragée, ait fini par enlever à l'agent toute espèce d'empire sur lui-même, cette passion ne l'affranchirait pas de la responsabilité de ses actes, parce qu'il aurait eu le tort de ne pas la réprimer quand il en était temps encore, et qu'il était, sinon facile, au moins possible de la vaincre. Comment la persévérance et l'opiniâtreté d'une volonté lui enlèveraient-elles sa criminalité ? Le paroxysme de la passion diffère de l'ivresse ; il n'est que l'exaltation

de la volonté ; l'ivresse complète en est la ruine et l'absence.

La loi nous fournit des exemples de contrainte morale dans les art. 327, 328 et 329 du Code pénal :

Art. 327.—« Il n'y a ni crime ni délit, lorsque
« l'homicide, les blessures et les coups étaient or-
« donnés par la loi et commandés par l'autorité lé-
« gitime. »

Art. 328.—« Il n'y a ni crime ni délit, lorsque
« l'homicide, les blessures et les coups étaient com-
« mandés par la nécessité actuelle de la légitime dé-
« fense de soi-même ou d'autrui. »

Art. 329.—« Sont compris dans les cas de né-
« cessité actuelle de défense, les deux cas suivants :

« 1° Si l'homicide a été commis, si les blessures
« ont été faites, ou si les coups ont été portés en re-
« poussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction
« des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un
« appartement habité ou de leurs dépendances ;

« 2° Si le fait a eu lieu en se défendant contre les
« auteurs de vols ou de pillages exécutés avec vio-
« lence. »

Je ne veux ni ne dois vous donner en ce moment toutes les explications qu'appellent ces articles.—Je veux seulement m'attacher à la discussion de quelques difficultés qui vous fassent bien comprendre ce que la loi elle-même a exigé pour qu'à ses yeux l'agent fût *libre* et par suite *responsable*.

On a, sur l'art. 327, beaucoup agité le point de savoir à quelles conditions l'ordre donné par un su-

périeur hiérarchique à son subordonné affranchissait celui-ci de la responsabilité d'un acte qui n'avait été pour lui qu'un acte d'obéissance. On a fait avec raison une distinction : ou le subordonné a pu croire, à raison de la nature de l'ordre, que cet ordre était légitime ; ou, au contraire, l'illégitimité de l'ordre était telle que l'agent n'a pu s'y méprendre. Dans le premier cas, l'agent est réputé avoir obéi aveuglément, et il ne peut être victime de sa foi dans le principe d'autorité ; dans le second cas, l'homme, être intelligent et libre, n'a jamais le devoir ni même le droit d'abdiquer son intelligence et sa liberté.

Cette distinction prouve, à mon sens, que l'irresponsabilité d'un ordre illicite se rattache plus à la première condition, la condition de l'intelligence, qu'à la seconde condition, le pouvoir de se conformer aux inspirations de cette intelligence.

Cependant, il y aurait de l'exagération à dire que la question de l'obéissance passive est étrangère à la contrainte morale. En effet, l'abstention, cette obligation, en thèse ordinaire, du doute, n'est pas facultative pour le subordonné, qui ne peut, qui ne doit refuser son obéissance qu'autant qu'il y a certitude pour lui de l'illégitimité de l'ordre ; l'irresponsabilité de l'acte est subordonnée au devoir d'obéir, ou au moins à la croyance que ce devoir existe : la présomption est en faveur de la bonne foi de l'obéissance (1).

(1) Rossi, t. II, ch. XIII, p. 134. — Boitard, p. 331 et 332. —

L'ordre du père, sauf la question de discernement de l'enfant, l'ordre du maître, l'ordre du mari, considérés en eux-mêmes et en dehors de tous moyens d'intimidation, ne produisent pas la contrainte morale dans le sens de la loi (art. 1114, Cod. Nap.). La résistance aux abus de l'autorité morale du supérieur, dans ce cas, n'expose à aucun péril ; elle a des juges et des garanties.

La nécessité actuelle de la défense de soi-même ou d'autrui, voilà un autre cas de contrainte morale.

Il n'en est pas du droit de défense comme du droit de punir ; l'exercice du droit de punir suppose un supérieur, un juge ; le droit de défense naît, lui, d'une nécessité actuelle et pressante, et il existe au profit de qui la subit. — Quand l'intervention du pouvoir social ne peut être réclamée à temps, chacun a le droit de protéger sa personne, celle des autres, contre une in-

Lesellyer, t. I^{er}, n° 423.—Le Commentaire officiel du Code pénal du royaume de Bavière soumet l'irresponsabilité à quatre conditions ; il faut : 1° que l'ordre émane de l'autorité compétente, dans le ressort de ses attributions ; 2° que cet ordre concerne une affaire de service ; 3° qu'il ne soit punissable que comme constituant un abus, un excès ou une violation des devoirs de la fonction ; 4° enfin, qu'en exécutant cet ordre, l'inférieur ne viole pas lui-même un devoir de la fonction (*Traduction du Code pénal du royaume de Bavière*, par Ch. Vatel, p. 406, à la note). N'est-ce pas mettre un peu en suspicion l'exercice du droit de commander que d'appeler toujours sur lui, à peine de responsabilité, un contrôle aussi difficile de la part du subordonné ?

juste agression ; seulement le moyen doit être en rapport avec le danger : la limite du besoin, voilà la limite du droit et de son action. Quelle est la mesure du besoin ? La mesure, pour le juge, qui apprécie à distance, de sang-froid, à l'abri du péril et sans son émotion ? Non ; c'est la mesure telle qu'elle a dû ou pu même apparaître à l'offensé de bonne foi, dans les conditions que lui avait faites l'offense.

Que l'homicide soit légitime quand il est commandé par la nécessité de se défendre personnellement, cela se conçoit ; le principe *que nul ne peut se faire justice à soi-même* n'est plus en jeu ; l'attaqué ne juge pas l'agresseur, il le repousse, et, s'il ne peut se sauvegarder qu'en l'immolant, aucune loi ne le condamne à se laisser tuer : l'instinct de la conservation, c'est par excellence la contrainte morale.

Mais quand un tiers intervient spontanément entre l'attaqué et l'agresseur, peut-il être également réputé céder à une contrainte morale ?

Oui, la loi présume assez bien de la dignité humaine pour croire que des hommes de cœur ne sauraient rester froids et impassibles témoins d'une attaque dont un de leurs semblables peut devenir victime. Elle n'arrête pas, elle ne veut point arrêter l'initiative d'un dévouement qui, bien loin d'être contraire au bon ordre, peut contribuer à son maintien. L'intervention n'est pas, sans doute, pour les témoins, un devoir exigible ; mais c'est un droit dont l'exercice doit être encouragé.

Le danger pour la vie, pour la liberté, pour la pudeur, peut légitimer l'exercice du droit de défense : il y a des atteintes à l'honneur qui sont plus redoutées que des atteintes à la vie.

L'agresseur, par son injuste agression, n'expose-t-il en lui que les droits qu'il attaque chez autrui ? Sa vie est-elle inviolable quand il respecte la vie de l'offensé ? Ainsi l'homicide, les coups et les blessures ne sont-ils jamais réputés commandés par une contrainte morale, quand ils n'ont pour objet que de repousser des attaques contre les biens ?

On a dit que la négative résultait des deux paragraphes de l'art. 329 : le premier paragraphe exige trois conditions pour qu'il y ait présomption de nécessité actuelle de défense : 1° attaque contre une *maison habitée* ; 2° attaque de *nuit* ; 3° attaque accompagnée des circonstances d'*escalade* ou d'*effraction*. La première condition, suivant ce système, implique que l'attaque s'annonce comme une attaque contre les personnes. — Le paragraphe second suppose que l'homicide a lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés *avec violences* ; il s'agit donc de protéger les personnes et non les propriétés.

Je fais remarquer tout d'abord que les partisans de l'opinion que j'expose reconnaissent eux-mêmes que le paragraphe premier de l'art. 329 peut être invoqué par les personnes qui n'étaient pas à l'intérieur de la maison, et qui, du dehors, veulent repousser l'attaque. Ils n'exigent pas même, pour légitimer l'ho-

micide, que les agents aient cru ou pu croire qu'il y avait dans la maison des personnes à défendre (1).

Qu'importe, d'ailleurs, quel que soit le sens de l'art. 329, que cet article n'attache la *présomption* de contrainte morale qu'au concours de certaines circonstances qui le plus souvent supposent, sans l'impliquer nécessairement, un danger pour les personnes? Est-ce que la loi dit qu'en dehors de ces circonstances, il ne pourra pas y avoir de contrainte morale? Elle s'est bien gardée de déclarer en principe que la nécessité de la défense de la propriété ne devrait jamais, et à aucune condition, justifier l'homicide et les blessures. De ce qu'elle n'établit pas de présomption de contrainte, il ne faut pas conclure qu'elle veuille exclure toujours et dans tous les cas, comme nécessité morale, la nécessité de sauvegarder les biens.

On objecte que les attaques contre la propriété peuvent toujours être réprimées par l'autorité publique, qu'on a toujours la faculté de faire valoir son droit devant le juge et d'obtenir réparation des atteintes qu'il a reçues (2).

Cette objection est-elle toujours fondée?

Un voleur surprend dans un lieu solitaire un commissionnaire qui transporte des lingots d'or ; le commissionnaire s'est pour un moment déchargé des lingots ; le voleur se précipite sur eux et va s'en saisir ; le commissionnaire a affaire à un homme

(1) Voir M. Carnot, sur les art. 328 et 329, Cod. pén.

(2) Nicolini, *Trad.* p. 253.

qui lui est bien supérieur en force ; il ne peut raisonnablement avoir l'espérance de garantir son dépôt ou de le reprendre ; il est armé d'un pistolet pour sa défense ; il n'a pas à se défendre, puisque le voleur, pour consommer son vol n'a pas à l'attaquer ; il n'a à attendre de secours ni de l'autorité ni des tiers ; son dépôt, c'est la fortune d'une famille, une fortune confiée à sa foi ; il tire sur le voleur : le fait, qu'il aboutisse à des blessures, ou même à un homicide, sera-t-il socialement punissable ?

Dirait-on que le vol ne doit pas entraîner la peine de mort ? Est-ce qu'il s'agit du droit de punir ? Est-ce que le droit de défense a les mêmes limites que le droit de punir ? Le droit de défense s'exerce même contre un fou ! Si la mort du voleur est le seul moyen d'empêcher la perte de la chose volée, que la chose volée ait, indépendamment de sa valeur relative, une valeur absolue considérable, l'emploi de ce moyen extrême constituera-t-il un crime ? (1).

(1) En ce sens, Rousseau de la Combe, *Matières criminelles*, p. 97 ; Jousse, t. III, p. 500 à 505 ; Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. II, p. 51 et 52 ; Burlamaqui, t. I^{er}, ch. VII, p. 377 et 378 ; Lesellyer, t. I^{er}, n^o 365.

« On peut blesser d'un coup de fusil le voleur qui s'enfuit, « emportant la chose volée ; on peut même le tuer, s'il n'y a « pas d'autre moyen d'empêcher la perte de la chose ; seule- « ment il faut qu'il y ait nécessité absolue de recourir à ces « moyens extrêmes, sans quoi il y aurait excès dans la défense. » (*Commentaire off. du Code pénal de Bavière*, p. 109).— Voir en sens contraire Achille Morin, *Rép., verbis Défense légitime*, § 2, n^o 9.

Notre loi française a eu la prudence de ne pas trancher à *priori* ces questions qui sont bien plutôt des questions de fait que des questions de Droit ; elle a consacré une règle générale dans l'art. 64 ; elle l'a appliquée dans les art. 327, 328 et 329 ; elle n'a donné sa sanction à aucun système ; elle a laissé l'appréciation des circonstances à la raison du juge. Ce qui est certain, c'est qu'elle n'a pas eu la prétention d'indiquer limitativement les causes de non imputation (1).

Il en est de la condition de la liberté comme de la condition de l'intelligence, son existence est présumée ; vainement objecterait-on le principe écrit dans les art. 1116 et 2268 Code Nap. : *Le dol ne se présume pas, et la bonne foi est toujours présumée*. Ce principe est dominé par une présomption plus puissante, celle qui résulte de la nature de l'homme que Dieu a fait libre. Il ne s'agit pas d'ailleurs de savoir quelle a été l'appréciation individuelle de l'agent, le caractère du jugement qu'il a porté sur son acte, soit sous l'empire de passions, de préjugés, soit sous la pression de sa foi politique ou religieuse ; si l'agent pouvait juger la loi, il n'y aurait pas de loi pour lui, il serait souverain.

La croyance personnelle dans la légitimité du but, l'illusion sur la criminalité du fait, ne sauraient créer une immunité pour la violation du commandement social.

(1) Rauter, n° 73 ; — Voir *Cass.* 11 juillet 1844 (Dev. 44—1—778). — Amiens, 16 mars 1843 (Dev. 43—2—240).

La question se réduira toujours au point de savoir si la présomption d'intelligence et de liberté, sous laquelle l'agent est placé, est exclue et renversée par l'acte et les circonstances dont il a été environné.

Le consentement de la partie lésée n'est pas, en général, une cause exclusive de la sanction pénale.

Les droits que la pénalité sauvegarde sont protégés, non pas seulement dans un intérêt individuel, mais dans l'intérêt de la société tout entière; notamment la protection assurée aux personnes et aux droits, dont les personnes n'ont pas la libre disposition, constitue, comme l'a dit la Cour de cassation, une *garantie publique* : on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 6 Code Nap.)

Ainsi l'homme, qui accepte d'un tiers la mission de le tuer, commet un meurtre et doit subir les peines du meurtre.

Il n'y a pas de suicide par mandataire. L'homme qui dispose lui-même de sa vie échappe à la répression;—oui, sans doute; est-ce parce que l'obligation de conserver son existence ne constitue qu'un devoir envers soi-même et envers Dieu, et qu'elle ne relève que de la loi morale? Est-ce parce que cette obligation n'est pas socialement exigible? N'est-ce pas plutôt principalement parce que l'homme, qui dispose lui-même de sa vie, se dérobe à la répression, et parce que la loi doit s'arrêter devant un cadavre, ne pouvant faire reconnaître sa puissance à la mort?

Ce n'est pas, il est vrai, seulement parce qu'il n'y

a plus de prise à la pénalité que la loi n'a pas assimilé le suicide au meurtre. En effet, l'agent qui a tenté de mettre un terme à ses jours et qui survit n'est pas puni, et *on ne l'achève pas sur l'échafaud*. Non, mais pourquoi ? Parce que la loi présume, par une de ces présomptions qui sont l'expression, souvent de la vérité, toujours de l'intérêt social, que l'homme qui attente à sa vie n'a plus la santé, ou au moins la liberté d'esprit, condition de l'imputabilité.

Pourquoi, d'ailleurs, la société interviendrait-elle ? Pour tuer légalement celui qui se serait manqué, c'est-à-dire pour mener à fin la tentative et venir en aide à l'agent !

Mais que la société ait ou n'ait pas des droits qui dominent les droits de chacun de ses membres sur sa propre vie, elle a au moins incontestablement des droits opposables aux tiers et que les tiers ne peuvent impunément violer.

Or, la société a défendu l'homicide. On objecte que l'homicide, qui n'est que l'exécution de la volonté de l'homicidé, n'est pas le résultat d'une intention coupable, qu'il n'a pas pour but de nuire, qu'il n'est pas le fruit du dol, puisqu'il n'est pas inspiré par la haine, par l'envie, par la cupidité, par la vengeance, par la cruauté ; que l'élément frauduleux et dolosif, condition de la criminalité, manque. C'est *une fausse pitié*, dit-on, c'est *un dévouement mal entendu qui inspire l'agent*. Est-ce donc que l'agent peut violer la loi qui défend l'homicide, sous le pré-

texte que l'homicide est un service pour l'homicidé, et qu'après tout, il n'obéit qu'à un sentiment qui purifie son œuvre ? Mais si la fin justifie le moyen, si le jugement de l'infracteur légitime l'infraction, il n'y a plus de loi ; chacun ne relève que de sa conscience plus ou moins éclairée ; la souveraineté sociale s'efface devant la souveraineté individuelle, puisque l'excuse d'un motif désintéressé suffit pour écarter les sanctions pénales.

L'agent, ajoute-t-on, avait la volonté de tuer, mais il n'avait pas la pensée qu'il pût nuire en ôtant la vie à celui qui voulait mourir.

Que de dangers dans cette théorie ! Le fanatique qui, de bonne foi, donnerait la mort à un ami pour le soustraire aux misères de ce monde, et pour lui procurer plus tôt les jouissances de la vie future, commettrait incontestablement un homicide punissable, s'il n'était jugé en état de démence, et le fanatisme n'est pas nécessairement de la démence ; mais ce meurtrier ne pourrait-il pas aussi se prévaloir de sa bonne foi et de la sainteté de son but ? La seule différence à sa charge, c'est qu'il aurait préféré son jugement au jugement de la victime ; mais la culpabilité légale consiste à préférer un jugement quelconque au jugement de la loi.

L'art. 295 dit : « L'homicide commis *volontairement* est qualifié meurtre. » Eh bien ! le mandataire qui donne la mort à son mandant, pour exécuter le mandat, commet-il, oui ou non, un *acte volontaire* ? Préfère-t-il ou ne préfère-t-il pas une

volonté individuelle à la volonté légale ? La volonté de l'agent ne s'absorbe pas dans la volonté de celui qui demande la mort, parce qu'elle se conforme à cette volonté, à une volonté qui n'est même pas réputée saine, ou qu'au moins les plus légitimes soupçons entachent (1).

Ces principes sont sans application, bien évidemment, lorsqu'il s'agit d'infractions que la loi elle-même subordonne à l'absence du consentement de la personne lésée.

CONCLUSION. — Toute infraction est punissable lorsque l'infracteur, au moment où il l'a commise, était intelligent et libre. Le développement de l'article 64 du Code pénal, voilà toute notre leçon.

(1) Voir dans le sens de la leçon : Cass., 16 novembre 1827 (Sir., 28—1—135). — 23 juin 1838 (Sir., 38—1—625). — 21 août 1851 (Dev., 52—1—286). — Rauter, t. I^{er}, n^o 53. — Code pénal de Bavière, art. 123 et la note, p. 106 de la *Traduction*. — Ach. Morin, *Rép.*, v^o *Suicide*. — On peut lire, en sens contraire, une dissertation brillante de MM. Chauveau et Faustin-Hélie, t. III, p. 425 à 437, 3^e édition ; le prestige et l'entrain du style peuvent produire quelques hésitations, mais, à notre sens, la réflexion ramène à la solution professée.

QUINZIÈME LEÇON.

Influence de l'âge sur la présomption de responsabilité. — Minorité de seize ans. — Art. 16 et 17, Cod. pén.; art. 340, Inst. crim. — Quel est le caractère de la présomption attachée à la minorité de seize ans ? — Rapprochement de cette présomption avec la présomption attachée par la loi civile à la minorité de vingt et un ans. — Pourquoi la majorité pour l'infraction précède-t-elle la majorité pour les contrats ? — Différence entre la loi civile et la loi pénale. — Précédents sur l'influence de l'âge quant à la pénalité. — Théorie du Droit romain. — Théorie de l'ancienne jurisprudence. — Code pénal du 25 septembre 1791. — Code pénal de 1810. — Loi du 24 juin 1824. — Réforme du 28 avril 1832. — Influence de la minorité de seize ans sur la juridiction répressive à saisir. — Deux exceptions dans l'exception en faveur du droit commun. — Effets de la non déclaration de discernement. — Affranchissement de toute peine. — Impossibilité de tout renvoi sous la surveillance de la haute police. — Détention facultative, mais à titre de mesure d'éducation. — Loi du 5-12 août 1850. — Cette détention peut-elle être moindre d'une année ? — Effets de la déclaration de discernement. — Comment se détermine la durée de l'emprisonnement correctionnel dans le cas du § 3 de l'art. 67. — Le minimum et le maximum de cette durée sont-ils le tiers et la moitié du maximum de durée de la peine écartée ? — Ne sont-ils que le tiers et la moitié du minimum de cette peine ? — Art. 69, Cod. pén. — Différence entre la rédaction ancienne et la rédaction nouvelle. — La minorité de seize ans a-t-elle quelque effet en matière de contravention ? — N'a-t-elle d'effet que pour les infractions prévues par le Code pénal ? — Qui doit statuer sur l'âge de l'agent en cas de contestation ? — Effets de la minorité de seize ans relativement à la contrainte par corps comme garantie des peines pécuniaires. — Art. 33 de la loi du 17 avril 1832. — Art. 9, § dernier, de la loi du 13 décembre 1848. — Cet art. 9 a-t-il un effet rétroactif ? — Distinction. — Résumé. — Minorité de seize ans tantôt cause exclusive, tantôt cause restrictive d'imputabilité. — Dans ce dernier cas constitue-t-elle une excuse ? — N'est-elle qu'une cause de mitigation de peine ? — Dissidence avec Boitard et avec d'autres juricon-

sultes. — Véritable caractère des excuses. — Caractère des causes de mitigation. — Deux classes d'excuses. — Art. 321 et suivants jusqu'à l'art. 326 inclusivement du Code pénal. — Art. 100, 108, 138, 213, 284, 285 et 288. — Causes de mitigation. — Art. 16, 70, 71 et 72. — La vieillesse n'est pas une cause d'excuse. — Questions de terminologie ; leur importance. — Des mots : *excuses péremptoires* ou *faits justificatifs*, appliqués aux causes d'irresponsabilité.

MESSIEURS,

Je vous ai dit que l'intelligence et la liberté de l'agent, au moment de l'acte incriminé, étaient les deux conditions de la culpabilité morale et de la culpabilité légale.

J'ai ajouté que l'homme était présumé un être intelligent et libre ; que l'absence d'intelligence ou seulement de liberté constituait une exception, et que cette exception avait besoin d'être prouvée.

Toutefois, si l'homme naît avec des facultés qui le prédestinent à la société et à l'appréciation de la loi morale, principale règle des rapports sociaux, ces facultés ne se développent qu'avec le temps, et la vie matérielle, en quelque sorte animale, se prolonge un certain nombre d'années avant de céder sa place à la vie morale, dont l'avènement ne s'opère que lentement et progressivement.

C'est parce que la transition entre la vie purement animale et la vie morale n'est pas une transition brusque, qu'il est difficile de déterminer l'âge qui sert de point de départ à la responsabilité pénale. La loi a

bien compris cette difficulté, et aussi n'a-t-elle pas formulé une règle inflexible et absolue.

Le principe par elle adopté a été celui-ci : l'agent qui n'a pas seize ans accomplis, est présumé n'avoir pas le discernement suffisant pour être légalement responsable de ses faits, au point de vue de la sanction pénale.

Toutefois, ce n'est là qu'une présomption qui ne lie pas le juge, et qu'il peut exclure en proclamant que l'agent, mineur de seize ans, a agi avec discernement.

Le texte de l'art. 66 du Code pénal pourrait faire croire que la circonstance que l'agent a moins de seize ans accomplis autorise seulement le juge à déclarer que l'acte a été fait sans discernement ; mais le vice de rédaction de l'art. 66 est corrigé par l'art. 67 du Code pénal et par l'art. 340 du Code d'instruction criminelle.

Il faut une déclaration d'existence de discernement pour faire peser la responsabilité pénale.

La minorité de seize ans, en matière d'infraction, n'entraîne donc pas une présomption *juris et de jure* d'irresponsabilité : elle n'entraîne qu'une présomption *juris*, qu'une preuve contraire peut combattre.

Est-ce là une différence entre la minorité au point de vue pénal et la minorité au point de vue civil ?

L'art. 1124 du Code Napoléon déclare les mineurs incapables ; mais l'art. 1305 semble subordonner la nullité des actes consentis par des mineurs, lorsque ces actes ne sont pas soumis à des formes spéciales,

à la condition qu'ils produisent une lésion ; il maintient ces actes, d'après la théorie qui finalement triomphe, quand ils démentent la présomption de faiblesse intellectuelle ou d'imprudence (1).

Sous ce rapport notre loi pénale est en parfaite harmonie avec notre loi civile.

Mais la minorité au point de vue pénal ne dure que jusqu'à *seize ans accomplis* ; la minorité au point de vue civil ne cesse, sauf les dispositions exceptionnelles qui régissent certains actes, qu'à *vingt et un ans révolus*.

Pourquoi cette différence ?

La loi civile a elle-même présumé la capacité pour les délits et les quasi-délits à une époque où elle ne présume pas la capacité pour les contrats, puisque, dans l'art. 1308, *elle ne restitue pas le mineur contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit*.

La raison en est-elle dans le brocard *malitia supplet ætatem* ?

Je ne dis pas que ce brocard ne suppose et n'indique même l'un des deux principes sur lesquels la différence est fondée ; mais il n'en donne pas peut-être une idée assez nette. La différence entre la majorité pour l'infraction et la majorité pour les contrats résulte de la différence entre la loi pénale et la loi civile.

(1) Cass., 18 juin 1844 (Dev., 1844—1—497).—M. Demolombe, t. VII, n° 821.

Les prescriptions que la loi protège par des sanctions pénales ne sont, en général, que la reproduction de la partie la plus essentielle de la loi morale, de la partie dont l'observation est commandée à peine de destruction des liens sociaux : ces prescriptions sont écrites dans la conscience de tous ; elles sont connues indépendamment des textes qui leur assurent une puissance coercitive ; elles n'ont, dans leurs dispositions fondamentales, rien d'artificiel, d'arbitraire, et ne comportent guère de dispositions accidentelles. Elles font principalement appel au sens moral, et comptent bien plus sur lui que sur la peur du châ-timent : l'impérissable distinction du bien et du mal, voilà leur plus sûre garantie.

La loi civile, elle, n'a pas le même cachet de simplicité ; c'est une loi à combinaisons savantes, cherchant à embrasser, dans ses prévisions variées, les relations les plus diverses, les intérêts si complexes que le temps et le libre jeu de l'activité humaine ont fait naître ou ont développés. Elle est le résultat de l'expérience des siècles, le produit accumulé d'études patientes et incessamment renouvelées. Sans doute, la capacité de contracter n'est pas subordonnée à la connaissance des dispositions de la loi civile ; mais cette capacité suppose au moins quelque apprentissage de la vie pratique, l'intelligence des rapports auxquels la loi civile est chargée de pourvoir, et cette intelligence est plus lente à se développer que le sens moral.

Un de nos meilleurs criminalistes a dit avec autant

de vérité que de précision que la notion du juste arrive à l'homme plus vite que la notion de l'utile⁽¹⁾ : c'est là l'explication du brocard *malitia supplet ætatem*.

D'un autre côté, l'ajournement de la majorité civile ne compromet aucune situation ; les actes nécessaires ou simplement utiles, que le mineur n'est pas réputé avoir l'aptitude de faire, peuvent être faits par représentant. Mais en crime, il n'y a ni *représentant*, ni *garant* : la loi pénale a par suite droit sur l'agent aussitôt qu'elle reconnaît en lui un être moral et libre ; la loi pénale peut donc réprimer les abus de la liberté de la part d'agents auxquels la loi civile, à titre de protection, refuse l'usage de cette liberté.

Le mineur de seize ans, auquel une déclaration de discernement fait une majorité anticipée, est-il assimilé au majeur de seize ans ?

Non ; si l'âge n'est pas pour lui une immunité, il sera pour lui une excuse, il diminuera la responsabilité, il entraînera un adoucissement dans la peine, il écartera l'application des peines afflictives et infamantes ou des peines infamantes seulement, et fera substituer à ces peines des peines correctionnelles. Les mineurs de seize ans seront toujours au moins présumés susceptibles d'amendement et de retour au bien.

Quelle était l'influence de l'âge, sous le rapport de la peine, dans la loi romaine ?

(1) M. Ortolan, *Rev. de Législ.*, 1843, t. I^{er}, p. 463.

Cette question offre beaucoup de doute et d'incertitude. Vous savez que les jurisconsultes romains divisaient la vie humaine en diverses périodes : l'impossibilité de parler caractérisait la première période, et de là le nom de période de l'*enfance* ; la seconde période, c'était une période de transition de l'enfance à la puberté ; on la subdivisait en années plus rapprochées de l'enfance et en années plus rapprochées de la puberté ; or l'âge de la puberté pour les femmes c'était douze ans ; l'âge de la puberté pour les hommes c'était quatorze ans. Les impubères furent d'abord considérés comme à l'abri de la répression ; mais on ne tarda pas à reconnaître que la capacité pour le dol avançait souvent la puberté, et des jurisconsultes en conclurent que, dans la seconde subdivision de la période de transition, l'agent était responsable ; que seulement sa responsabilité était moindre, et qu'il y avait lieu à mitigation de peine. Des jurisconsultes plus rigoureux encore considérèrent que la question de dol était indépendante de la question d'âge ; que l'âge, sans doute, pouvait bien faire présumer l'absence du dol, mais que là où la présence du dol serait constatée, elle entraînerait la nécessité d'un châtiment mitigé par le pouvoir discrétionnaire du juge.

Le pubère, mineur de vingt-cinq ans, était-il assimilé au majeur de vingt-cinq ans ? C'est un point tout-à-fait obscur qui a beaucoup préoccupé les savants (1).

(1) Voir M. Ortolan, *Rev. de Législ.*, 1843, t. II, p. 181.—

Notre ancienne jurisprudence avait interprété les traditions du Droit romain en ce sens que la responsabilité commençait à neuf ans et demi pour les femmes, et à dix ans et demi pour les hommes, au moins pour les crimes atroces de leur nature ; seulement la peine de mort n'était jamais appliquée (1).

Le Code pénal du 25 septembre 1791, tit. V, art. 1^{er}, a introduit, en matière de crimes, la présomption d'irresponsabilité pour les agents au-dessous de seize ans *accomplis*. Il a subordonné l'application de la loi pénale à la déclaration que l'agent mineur de seize ans avait agi avec discernement. Si le jury n'écartait pas la présomption d'irresponsabilité, par cette déclaration, le Tribunal criminel devait, suivant les circonstances, ordonner que le coupable serait rendu à ses parents, ou qu'il serait conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminerait, et qui ne pourrait toutefois excéder l'époque à laquelle l'agent atteindrait l'âge de vingt ans.

Si le jury reconnaissait l'existence du discernement, la peine de mort était convertie en vingt années de détention dans une maison de correction, et le condamné subissait l'exposition ; la peine des fers, de la réclusion, de la gêne ou de la détention était

Nicolini, *Principes philosophiques et pratiques du Droit pénal*, p. 172 à 182 de la Traduction.

(1) Muyart de Vouglans, *Inst. au Droit crim.*, part., III, ch. iv, § 1, p. 74, n^o 2.

convertie en une détention dans une maison de correction pendant un nombre d'années égal à celui pour lequel il eût encouru ces peines, s'il eût été majeur de seize ans.

Le Code pénal de 1810 a adopté le système de la Constituante ; seulement il a adouci la peine correctionnelle substituée aux peines afflictives et infamantes ou infamantes seulement : vous lirez l'ancien art. 67. Si le mineur de seize ans n'avait encouru qu'une peine correctionnelle, la peine devait être au moins réduite de moitié (art. 69 anc.).

Une loi du 24 juin 1824 décida que les individus, âgés de moins de seize ans, qui n'auraient pas de complices au-dessus de cet âge, et qui seraient prévenus de crimes autres que ceux auxquels la loi attachait la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité ou celle de la déportation, seraient jugés par les Tribunaux correctionnels.

La loi du 28 avril 1832 n'a que très peu modifié les dispositions du Code de 1810 et de la loi de 1824.

Les agents âgés de moins de seize ans accomplis, au moment du crime, sont poursuivis en police correctionnelle ; cette exception toutefois subit elle-même une exception, et la règle générale reprend son empire dans deux cas :

1° Si le mineur de seize ans a des complices présents au-dessus de cet âge, et cela à cause de l'indivisibilité de la procédure ; 2° si le crime, dont le mineur de seize ans est accusé, est passible de la peine de mort, de la peine des travaux forcés à perpétuité,

de la peine de la déportation ou de la peine de la détention (1).

Si le mineur de seize ans ne perd pas par une déclaration d'existence de discernement, le bénéfice de la présomption d'irresponsabilité, il est acquitté et affranchi de toute peine ; on ne pourrait même le renvoyer sous la surveillance de la haute police ; toutefois, il ne doit pas être nécessairement rendu à sa famille et à la société. Les juges ont la faculté de l'envoyer dans une maison de correction, et de lui faire subir une détention dont ils détermineront la durée, mais qui, dans tous les cas, ne peut se prolonger après que l'agent a accompli sa vingtième année : cette détention n'a pas le caractère d'un châtiment, ce n'est qu'une simple mesure d'éducation. Elle est aujourd'hui réglementée par une loi du 5-12 août 1850.

Cette détention peut-elle être moindre d'une année ?

On a soutenu la négative en se fondant sur ce que l'art. 66 parle *de tel nombre d'années que le jugement déterminera*.

Mais il est d'évidence que si l'agent, qui avait

(1) On indiquait un troisième cas d'exception, le cas où le fait, quoique qualifié délit, avait été commis par voie de publication ou était d'une nature politique (Art. 13, Loi 26 mai 1819.—Art. 1 et 6, L. 8 octobre 1830.—Art. 6, L. 10 décembre 1830).—Mais cette exception ne nous paraît pas survivre aux décrets des 31 décembre 1851, 17 février 1852 et 28 février 1852.

moins de seize ans au moment de l'infraction, avait dix-neuf ans six mois au moment du jugement, sa détention ne pourrait être que de six mois : l'art. 66 n'a donc pas, au moins dans ce cas, le sens qu'on a voulu lui attribuer : il a fixé un *maximum* sans déterminer de *minimum*.

S'il est décidé que le mineur de seize ans a agi avec discernement, la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, de la déportation, est remplacée par la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement dans une maison de correction : la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion est remplacée par une détention dans une maison de correction, pendant un temps égal au tiers au moins et à la moitié au plus de celui auquel un majeur de seize ans aurait pu être condamné à l'une de ces peines ; une peine *complémentaire*, le renvoi sous la surveillance de la haute police, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, est d'une application facultative ; la peine de la dégradation civique ou du hannissement est remplacée par une détention d'un à cinq ans.

Dans le cas où le majeur de seize ans encourrait les travaux forcés à temps, la détention ou la réclusion, comment se mesure la détention qui doit être portée au tiers au moins ou à la moitié de la durée de ces peines ? Est-ce le tiers ou la moitié du maximum ?

Supposons que la peine fût la peine des travaux forcés à temps pour un majeur de seize ans, le tiers du maximum serait de six ans huit mois, d'après

l'art. 19 du Code pénal. Or, un majeur de seize ans pourrait n'être condamné qu'à cinq ans de travaux forcés; la loi a-t-elle voulu, en substituant une peine correctionnelle à la peine afflictive et infamante, forcer le juge à une aggravation de durée?

Le minimum de durée est le tiers du minimum de durée de la peine écartée, et le maximum, la moitié du maximum de durée de cette peine (1).

La loi du 28 avril 1832, corrigeant l'art. 69 du Code de 1810, décide que, dans le cas où le mineur de seize ans n'aura commis qu'un simple délit, la peine à prononcer contre lui ne pourra s'élever au dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné, s'il avait eu seize ans. La nouvelle rédaction subordonne l'application de cette disposition, à la condition que l'infraction ne *constitue qu'un simple délit*. La rédaction primitive subordonnait cette disposition à la condition que le mineur de seize ans *n'aurait encouru qu'une peine correctionnelle*.

La présomption de non discernement, au profit des mineurs de seize ans, est-elle applicable aux contraventions?

La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative (2) : je crois cette solution fondée; la présomp-

(1) *Sic*, Cassat. 15 janvier 1825.—Cass. 6 juin 1840, Sir. 25—1—269, 40—1—646; Dalloz, 25—1—103, 40—1—425.

(2) Cass. 20 janvier 1837, 10 juin 1842, Sir. 38—1—906, 42—1—832; Dall. 37—1—503, 42—1—309.

tion n'a rien qui la rattache spécialement plutôt à une classe d'infractions qu'à une autre. Mais s'il est décidé qu'un mineur a commis avec discernement la contravention, aucune disposition de loi ne change la nature de la peine, ou même n'impose une réduction dans sa mesure.

La présomption n'existe-t-elle que pour les infractions prévues par le Code pénal ?

Pourquoi cette présomption serait-elle étrangère aux infractions régies par des lois spéciales ? La jurisprudence a cependant hésité : aujourd'hui elle reconnaît que la présomption est applicable (1).

A qui appartient-il de statuer sur l'âge de l'agent, notamment quand l'acte de naissance n'est pas représenté ?

Au juge du fait, c'est-à-dire au jury, quand la juridiction saisie est une Cour d'assises ? La circonstance de l'âge fait partie des circonstances du fait ; l'âge à vérifier étant l'âge au moment de l'infraction, et non l'âge au moment du jugement, le juge de l'infraction est juge de sa date, et, par suite, de l'âge qu'avait l'agent au moment où il l'a commise (2).

L'art. 33 de la loi du 17 avril 1832, dans la généralité de ses termes, s'appliquait aux mineurs

(1) Cass. 20 mars 1841, 18 mars 1842, Sir. 41—1—463, 42—1—465 ; Dall. 41—1—358, 42—1—208.

(2) Cass. 4 mai 1839, 26 septembre 1846, Sir. 39—1—974, 46—1—756 ; Dall. 39—1—344, 46—7—106. — La Cour de cassation s'était d'abord prononcée en sens contraire : 16 septembre 1836.—Sir. 37—1—175.

de seize ans, et partant les condamnations à l'amende, prononcées contre eux, emportaient la contrainte par corps.

La loi du 13 décembre 1848, art. 9, § *ult.*, n'applique pas aux mineurs de seize ans le principe de l'art. 2064 Code Nap., à savoir que les mineurs ne sont pas contraignables par corps : il décide seulement que les condamnations en matière pénale ne sont pas *de plein droit* exécutoires par corps, contre les mineurs de seize ans ; la contrainte corporelle, en effet, est rendue facultative et a besoin d'être prononcée. Ce texte a, de plus, tranché une question controversée sous l'empire de la loi du 17 avril 1832, le point de savoir si le mineur de seize ans, acquitté parce qu'il n'y avait point de déclaration de discernement, était contraignable par corps, pour les frais et les réparations civiles ; la contrainte par corps est aujourd'hui subordonnée à la condition d'une condamnation pénale (1).

Mais l'art. 9 régit-il, sous le rapport de l'exécution par corps, les condamnations à l'amende prononcées antérieurement contre des mineurs de seize ans ?

A première vue l'affirmative paraît résulter de l'art. 14 ; il décide que les dettes antérieures ou postérieures au décret du 9 mars 1848, qui, d'après la

(1) Voir *contra*, sous la loi du 17 avril 1832, arrêt de Cass. 27 juin 1835, et la discussion de MM. Chauveau et Hélie, t. I^{er}, p. 483, 3^e édition.

législation en vigueur avant cette époque, entraînaient la contrainte par corps, continueront à produire cet effet dans les cas où elle est autorisée par la loi nouvelle : or, le recouvrement des amendes n'est plus de plein droit garanti par la contrainte par corps depuis cette loi. Oui, sans doute ; mais l'exécution par corps n'est pas interdite par la loi du 13 décembre 1848 contre les mineurs de seize ans ; elle est seulement soumise à une condition, à la condition qu'elle sera écrite dans la condamnation. Mais on ne pouvait pas rétroactivement imposer cette condition aux condamnations antérieures (1).

Remarquez cependant, que la loi du 13 décembre 1848 rétroagit au moins pour les frais et réparations civiles auxquels le mineur de seize ans aurait pu être condamné, malgré son acquittement. L'art. 9, en effet, n'autorise la contrainte par corps contre des mineurs de seize ans, qu'en cas de condamnation pénale.

La minorité de seize ans est, vous le voyez, tantôt une cause exclusive, tantôt une cause restrictive d'imputabilité ; dans ce dernier cas elle exerce une grande influence sur la nature ou sur la quotité de la peine ; elle n'est plus une immunité, elle est une excuse.

Je dis une *excuse* et j'insiste sur le mot : ce n'est pas seulement une *cause de mitigation de peine*. Il

(1) Voir en ce sens M. Durand, *Contrainte par corps*, n° 81, et M. Troplong, *Comment. de la loi du 13 décembre 1848, sur l'art. 9*.

est bien vrai que les causes de mitigation sont subordonnées à des qualités de l'agent, et, sous ce rapport, je comprends qu'on soit, au premier abord, tenté de dire, avec Boitard, que la minorité de seize ans n'est pas une excuse, mais seulement une cause de mitigation, une cause en vertu de laquelle la peine est adoucie. Mais, dans la pensée de la loi, la qualité de l'agent n'est simplement une cause de mitigation qu'autant qu'elle ne réagit pas sur le caractère du fait, qu'elle n'ajoute ou qu'elle n'enlève rien à sa criminalité; les art. 16, 70, 71 et 72, Code pénal, précisent des causes de mitigation qu'il est impossible de confondre avec des excuses : Les femmes et les filles condamnées aux travaux forcés, n'y seront employées que dans l'intérieur d'une maison de force (art. 16).

Les peines des travaux forcés à perpétuité, de la déportation, des travaux forcés à temps, ne seront prononcées contre aucun individu âgé de soixante-dix-ans accomplis au moment du jugement. Ces peines seront remplacées, savoir : celle de la déportation, par la détention à perpétuité; les autres, par celles de la réclusion, soit à perpétuité, soit à temps, selon la durée de la peine qu'elles remplacent (art. 70 et 71).

Tout condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité ou à temps, dès qu'il a atteint l'âge de soixante-dix ans accomplis, en est relevé et est renfermé dans une maison de force pendant la durée de sa peine, comme s'il n'eût été condamné qu'à la réclusion (art. 72).

Voilà des qualités qui affranchissent l'agent de certaines peines et qui cependant n'atténuent en rien ses actes ; elles n'en modifient, sous aucun rapport, ni le caractère moral, ni le caractère légal.

Mais n'y a-t-il pas des qualités de l'agent qui sont, en quelque sorte, inséparables du caractère du fait, qui lui impriment un caractère plus ou moins odieux ?

La qualité peut être une cause d'aggravation de la peine, parce qu'elle aggrave le fait ; la qualité de fils, chez le meurtrier, donne au meurtre le caractère de parricide et entraîne une aggravation de châtiment ; la qualité de l'agent peut être une cause d'atténuation de la peine parce qu'elle atténue le fait. La minorité de seize ans, alors même que la présomption d'irresponsabilité est exclue par une déclaration de discernement, fait encore supposer que l'agent n'a pas eu autant de liberté d'esprit que le majeur, qu'il avait moins de force de volonté et de résistance, moins d'empire sur lui-même, qu'il n'avait pas une conscience aussi nette du mal moral et social résultant de son infraction. Sous ce rapport il n'est pas vrai de dire que l'âge soit toujours et nécessairement une circonstance étrangère au fait lui-même.

Mais, dit-on (1), l'âge ne change pas la qualification du fait. Le mineur de seize ans, condamné

(1) Nicolini, *Principes philosoph. et pratiq. du Droit pénal*, p. 163 à 174 de la TRADUCTION. — Boitard, quatorzième leçon.

dans le cas des art. 67 et 68, est condamné *en matière criminelle* ; de ce qu'il ne subit que des peines correctionnelles, on ne peut pas conclure qu'il n'ait commis que de simples délits, lorsque ces articles sont applicables.

Cette objection a deux vices : 1° elle suppose qu'il est unanimement admis que l'infraction qui, en thèse ordinaire, a le caractère d'un crime, ne dégénère pas en simple délit, quand elle est commise par un mineur de seize ans auquel, en cas de déclaration de discernement, on applique une peine, mais une peine correctionnelle seulement. Or, deux de nos criminalistes les plus justement accrédités professent que, dans notre droit, le caractère de l'infraction étant subordonné à la nature de la peine applicable, l'infraction dont le mineur de seize ans est jugé responsable ne peut constituer qu'un simple délit, et cette théorie, que je suis loin d'adopter, n'est pas sans quelque appui dans la jurisprudence (1).

2° L'objection suppose qu'il est de l'essence d'une

(1) MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. 1^{er} p. 313 à 315, 3^e édition. — Ils invoquent deux arrêts de la Cour de cassation du 27 juin 1828 et du 9 février 1832 (Sir., 29—1—42, 32—1—433. — Il y a, en effet, dans les *motifs* de ces arrêts, une énonciation favorable à l'opinion de ces honorables auteurs. Voir toutefois en sens contraire : Cass., 10 avril 1818 et 1^{er} avril 1828 (Sir., 24—1—159, 28—1—275). M. de Molène, *De l'humanité dans les Lois criminelles*, p. 365, considère aussi que l'excuse change la qualification de l'infraction.

excuse de changer la qualification de l'infraction ; mais aucune loi n'a dit cela, et, à mon sens, aucune loi ne devait le dire. Un crime *excusable* reste un crime, et c'est bien là ce qu'atteste la rubrique du paragraphe 2, section II, titre II, du livre III du Code pénal : *Crimes et délits excusables*. De ce que l'excuse modifie souvent la nature de la peine, parce que sa cause diminue la criminalité subjective, on ne saurait légitimement conclure qu'elle métamorphose le caractère de l'infraction. Ce n'est pas parce que la loi punit les infractions d'une certaine classe de peines afflictives et infamantes, ou infamantes seulement, que ces infractions sont des crimes ; c'est, au contraire, parce qu'à raison de leur criminalité *objective*, à laquelle correspond presque toujours une criminalité *subjective* aussi grave, ces infractions sont des infractions très dangereuses, que la loi frappe, en général, leurs auteurs de peines afflictives et infamantes, ou infamantes seulement (1).

L'art. 65, Code pénal, proclame le principe que le crime ou délit ne peut être *excusé* ni la peine *mi-*

(1) M. Molinier professe aussi que l'excuse ne change pas la qualification de l'infraction ; il cite plusieurs arrêts en ce sens, notamment un arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1833 (Sir., 33—1—413). M. Molinier arrive par d'autres arguments à la même solution que nous (*Revue critique*, 1854, p. 425 à 427).—Aux autorités citées par M. Molinier on peut ajouter un arrêt de la Cour d'Angers du 3 décembre 1849 (Dev., 50—2—290 (rapprocher cet arrêt de l'arrêt qui le suit)).

tigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse ; mais cet article ne dit pas ce qui constitue, aux yeux du législateur, une cause d'excuse et ce qui constitue une cause de mitigation.

L'art. 66 indique ensuite les conséquences de la minorité de seize ans ; il indique les conséquences qu'elle a en cas de déclaration d'existence de discernement ; il ne lui donne aucune qualification : la question est donc une question de pure doctrine.

Je ne vous ai fait connaître encore que la principale raison pour laquelle je donne à la minorité de seize ans le caractère d'une excuse ; il y a une autre raison, qui n'est pour moi que secondaire ; cette raison est celle-ci : c'est le juge du fait qui vérifie la minorité de seize ans et qui lui imprime sa conséquence, tantôt l'affranchissement de toute peine, tantôt l'atténuation de la peine. Mais s'il en est ainsi, c'est donc que la qualité de l'agent se lie au fait, qu'elle s'y incorpore en quelque sorte. Je sais bien que ce point a fait question, que le droit de vérifier l'existence de la minorité a été révendiqué par la Cour d'assises ; mais la jurisprudence, aujourd'hui, n'hésite plus à reconnaître que le droit dont il s'agit fait partie des attributions du jury.

Je me résume et je conclus : la minorité de seize ans, quand elle n'est pas une cause exclusive d'imputation, est une *excuse légale* ; mais je n'admets pas pour cela les motifs des jurisconsultes qui fondent la solu-

tion que j'adopte sur ce que la minorité, change la qualification de l'infraction (1).

Quelles sont les autres causes d'excuse ?

Les causes d'excuse n'annihilent point, n'effacent point la criminalité; elles la diminuent et en restreignent la gravité; ou elles la rachètent en partie et lui assurent des titres à l'indulgence; de là, deux classes d'excuses : les excuses qui amoindrissent la criminalité et les excuses qui la rachètent en partie.

Ces deux classes d'excuses ont un caractère commun; elles n'écartent pas la pénalité, elles la modèrent; j'ajoute que leur existence doit être déclarée par le juge du fait.

Les excuses de la première classe sont l'objet des art. 321 et suivants, jusqu'à l'art. 326, inclusive-ment; ce sont : 1° le meurtre et les blessures provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes; 2° le meurtre et les blessures provoqués par des tentatives de vol avec effraction ou escalade *pendant le jour*; 3° le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, surprise en flagrant délit d'adultère, et sur le complice; 4° la castration provoquée par un violent outrage à la pudeur.

(1) MM. Chauveau et Faustin-Hélie supposent, sans discuter la question *in terminis*, que la minorité de 16 ans, dans le cas des art. 67 et suivants, est une excuse, *Théorie du Code pén.*, t. I^{er}, chap. XII; mais ces auteurs admettent que la minorité change la qualification de l'infraction. Voir aussi *Répertoire du Droit criminel* de M. Achille Morin, verbo *Mineur*, n° 9, et M. Rauter, t. I^{er}, n° 83.

L'art. 326 détermine les conséquences de la preuve de ces faits d'excuse.

« Lorsque le fait d'excuse sera prouvé :

« S'il s'agit d'un crime emportant la peine de mort, ou celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, la peine sera réduite à un emprisonnement d'un an à cinq ans ;

« S'il s'agit de tout autre crime, elle sera réduite à un emprisonnement de six mois à deux ans ;

« Dans ces deux premiers cas, les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

« S'il s'agit d'un délit, la peine sera réduite à un emprisonnement de six jours à six mois. »

Remarquez que, dans l'hypothèse du dernier paragraphe de cet article, la preuve du fait d'excuse non-seulement ne change pas la qualification de l'infraction, mais ne substitue pas à la peine correctionnelle une peine de simple police.

Les causes d'excuse de la seconde classe sont prévues dans les art. 100, 108, 138, 213, 284, 285 et 288. Vous lirez ces articles, et vous reconnaîtrez, j'en suis sûr, que les titres de l'agent à l'indulgence se rattachent souvent beaucoup moins au fait que la minorité de seize ans (1).

(1) Boitard cite, comme cas d'excuse de cette seconde classe, les cas prévus aux art. 114 et 190 ; mais ces articles sont des cas d'irresponsabilité.

Quant aux causes de mitigation, elles ne doivent pas, à mon sens, être l'objet de questions à résoudre par le juge du fait : leur appréciation appartient aux juges chargés de l'application de la peine, et même dans le cas de l'art. 72, au ministère public chargé d'assurer l'exécution.

La vieillesse n'entraîne jamais par elle-même de présomption d'irresponsabilité. L'agent chargé d'années a peut-être moins de force morale, mais les passions sont amorties et les causes qui poussent au crime ont moins d'action sur lui ; la vieillesse n'est donc jamais une excuse ; elle n'est, comme le sexe, qu'une cause de mitigation : elle serait plus qu'une excuse, elle constituerait une cause exclusive de toute imputation, si, ce qui ne pourrait être qu'un accident, elle avait abouti à la *démence sénile* et n'avait laissé survivre dans l'homme que l'enveloppe matérielle.

Je ne puis négliger les questions de terminologie, parce qu'une bonne terminologie est la condition de toute science exacte, et que notamment les idées sur lesquelles je vous arrête, auront une grande importance pratique, quand il s'agira de résoudre certaines questions de récidive et de prescription.

On donne quelquefois aux causes exclusives d'imputation le nom d'*excuses légales*, d'*excuses péremptoires* ; ces expressions me semblent vicieuses ; elles exposent à confondre *l'irresponsabilité* avec *l'excusabilité* ; l'agent *irresponsable* n'a pas besoin d'être *excusé*.

On appelle aussi quelquefois *faits justificatifs* les

causes d'irresponsabilité. Cette expression est encore une source de confusion ; la preuve qu'elle peut induire en erreur, c'est qu'elle a amené d'éminents jurisconsultes à placer sur la même ligne la folie, l'obéissance à un supérieur, dans l'ordre hiérarchique, la nécessité actuelle de la défense, et *l'alibi invoqué par le prévenu* ; l'*alibi* affranchit de la pénalité celui qui n'a pas commis l'infraction ; la folie, l'obéissance à un supérieur, la nécessité actuelle de la défense affranchissent l'agent de la responsabilité d'une infraction qu'il a commise ; l'absence de tout lien entre le prévenu et l'infraction, pas plus que l'absence de toute infraction, n'est un *fait justificatif*, dans le sens où on applique ces mots à la démence ou à la contrainte.

Dans la terminologie qui applique la qualification *d'excuse légale* aux causes d'irresponsabilité et aux véritables excuses, l'expression *faits justificatifs* ou l'expression *d'excuses péremptoires* devient une nécessité pour faire la distinction que la loi et la raison imposent. Le rapprochement des art. 64 et 65 me paraît repousser toute communauté de qualification pour les causes d'irresponsabilité et les causes d'excuse.

SEIZIÈME LEÇON.

CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES.—Leur caractère.—Pourquoi ne font-elles pas, *en matière criminelle*, l'objet d'une question au jury?—Comment elles ont été envisagées par le législateur en 1832.—Leurs inconvénients et leurs avantages. — Esprit qui doit présider à leur application. — Le système qui fonde le droit de punir sur la justice morale, limitée par l'utilité sociale, devait-il se borner à généraliser la faculté d'atténuation résultant des circonstances atténuantes? Ne conduisait-il pas au rétablissement des *peines arbitraires*? — Historique du système des circonstances atténuantes.—Art. 463 du Code pénal de 1810.—Loi du 24 juin 1824.—Nouvel art. 463.—N'implique-t-il pas l'existence d'une double échelle de pénalités? — Argument de la loi du 8 juin 1850.—A laquelle des échelles pénales appartient la dégradation civique? — Caractère commun des infractions auxquelles elle est appliquée? — Arrêt de la Cour de cassation.—Objection de la loi du 8 octobre 1830.—Objection de l'art. 2 de la loi du 8 juin 1850.—Loi du 10 juin 1853.—Il y a des peines communes applicables aux crimes communs ou mélangés d'éléments de crimes communs.—Il y a des peines politiques applicables aux faits purement politiques.—Effet de la déclaration de circonstances atténuantes en matière de délits.—Lorsque la loi ne prononce qu'un emprisonnement, et que la peine de l'amende y est substituée par le juge, quelle est la quotité de l'amende? —Dissidence avec quelques auteurs.—Art. 483, § 2.—A quelles peines s'applique la faculté d'atténuation de l'art. 463? — *Peines principales*. — *Peines complémentaires*. — Hypothèse des art. 100, 108, 138 et 144 du Code pénal.—L'art. 463 est-il applicable à la confiscation à titre spécial? —Lorsque le fait qualifié crime revêt, par le verdict du jury, le caractère de délit, la déclaration de circonstances atténuantes lie-t-elle la Cour d'assises —Les circonstances atténuantes peuvent-elles être admises en cas de contumace?—Lorsque l'admission d'une excuse légale convertit la peine afflictive ou infamante en une peine correctionnelle, est-ce au jury ou à la Cour d'assises qu'appartient le droit de reconnaître l'existence des circonstances atténuantes?—*Quid*, lorsqu'un mineur de seize ans est traduit

devant le jury par application de l'art. 69 du Code pénal?—Arrêt de la Cour de cassation. — Opinion d'un savant criminaliste.— Dissidence.— Le dernier paragraphe de l'art. 63 est-il applicable aux peines prononcées par les lois spéciales ?

MESSIEURS,

Les circonstances atténuantes ont avec les excuses un caractère commun : elles ont pour résultat de changer la nature de la peine, ou au moins sa quotité ; comme pour les excuses, c'est au juge du fait qu'il appartient de reconnaître leur existence. Mais les circonstances atténuantes ne sont pas, comme les excuses, déterminées et limitées par la loi : elles sont partout où le juge du fait croit les apercevoir, dans les circonstances qui ont précédé l'infraction, dans les circonstances qui l'ont accompagnée, dans les circonstances qui l'ont suivie, dans ce qui se lie à l'infraction et dans ce qui ne s'y lie pas, dans la qualité, dans la position, dans les antécédents de l'agent, dans son repentir, en un mot, dans tout ce qui peut jeter sur lui de l'intérêt, et même, d'après la déclaration expresse de ceux qui ont fait la loi, dans l'opinion du juge que la pénalité encourue est trop forte, c'est-à-dire dans le sentiment que la loi est mauvaise.—Pour l'admission des circonstances atténuantes, le juge du fait est un véritable souverain : ce n'est plus un juge, c'est un législateur.

C'est assez dire que les circonstances dans lesquelles l'agent espère que l'atténuation pourra être

puisée ne doivent pas être l'objet d'une question : les préciser, ce serait les restreindre, exclure ce qui serait en dehors de la question, et c'est peut-être là où l'accusé ne les a pas soupçonnées lui-même que le juge du fait les trouvera. Le jury sera seulement averti qu'il a le pouvoir de déclarer, de *découvrir* l'existence de circonstances atténuantes, et que le champ est ouvert à son omnipotence.

Ce droit dont le juge du fait est investi d'écarter l'application des peines écrites dans la loi, est-il un bien, est-il un mal ?

Il serait incontestablement un mal s'il ne devait être pour le jury qu'un moyen de réviser notre système pénal, d'abroger ou de maintenir la peine de mort, d'assimiler ou de ne pas assimiler la tentative au crime consommé, le complice à l'auteur principal, et de substituer ainsi une solution capricieuse et variable, une solution d'entraînement souvent, à la solution légale (1).

Le législateur de 1832 a surtout envisagé les circonstances atténuantes à ce point de vue ; il se déchargeait sur le jury du soin de vérifier si les réformes qu'il introduisait étaient suffisantes, s'il ne restait pas encore beaucoup à faire ; il entendait déléguer au jury une partie de sa souveraineté : c'était une véritable abdication.

(1) Voir le passage de l'exposé des motifs, rapporté par MM. Chauveau et Hélie, t. VI, p. 248, 3^e édition, et les observations judicieuses qu'ils font sur ce passage, p. 249 et 250.

Y avait-il des vices dans la loi ? Le législateur devait les corriger ; il ne pouvait, à aucun titre, charger le jury de cette tâche, sans provoquer les réponses les plus contradictoires, les plus imprévues, sans remplacer l'unité par l'anarchie.

Cependant le pouvoir de reconnaître des circonstances atténuantes, quand il se propose pour objet le jugement, non de la loi et du législateur, mais seulement de l'acte de l'agent, de la violation du commandement social, peut parfaitement se légitimer. Sans doute la sanction pénale a pour but l'expiation sociale, et, sous ce rapport, elle doit surtout atteindre la criminalité *objective*. Elle n'atteint le mal moral que parce qu'il est la cause d'un mal social ; toutefois, je vous l'ai dit, la pénalité n'est pas un moyen de défense contre des dangers à venir ; elle est un acte de justice, non de justice morale, mais de justice sociale ; elle ne frappe pas l'agent à raison seulement du résultat, elle le frappe comme cause volontaire et libre ; elle tient donc compte de sa moralité sociale et du caractère intentionnel de son acte ; cela est si vrai qu'elle ne frappe pas le furieux et l'homme qui cède à une contrainte ou physique ou morale : elle se préoccupe donc et doit se préoccuper de la criminalité *subjective*. Eh bien ! si sage, si prévoyante que soit la loi, si bien combinées que puissent être ses incriminations et les pénalités qui les sanctionnent, les faits qu'à *priori* elle aura compris sous une même appellation, dans lesquels elle n'aura constaté que les mêmes caractères, pourront présenter une grande

diversité de physionomie, plus que des nuances, une variété infinie dans les degrés de liberté, dans les causes impulsives, dans les garanties d'obéissance future de l'agent.

La loi a donc dû établir un véritable *droit commun* pour chaque classe d'infractions, avec un maximum et un minimum, pour que le juge profitât de cette latitude et fît la part de chaque agent, suivant les inspirations de l'équité, c'est-à-dire en tenant compte des circonstances individuelles, bien que ces circonstances n'eussent rien d'assez caractérisé pour mettre en défaut les appréciations générales ; puis à côté de ce *droit commun*, la loi a dû établir un *droit exceptionnel*, c'est-à-dire prévoir des circonstances exceptionnelles, se dérochant trop à la généralité de ses prévisions pour que la conscience du juge trouvât assez de liberté dans la flexibilité d'une même nature de peines. Mais elle a dû réglementer elle-même ce *droit d'exception*, le renfermer dans de certaines limites ; elle a dû indiquer l'abaissement obligatoire et l'abaissement facultatif qui résulterait de la reconnaissance de ces circonstances auxquelles était attachée l'application du *droit d'exception* ; elle a dû indiquer quelles peines déterminées seraient ou pourraient être substituées à des peines d'une autre nature.

La faculté d'atténuation ainsi bien circonscrite ne faisait pas revivre le système des *peines arbitraires*, puisque l'influence de l'admission des circonstances atténuantes était fixée à l'avance, et que l'atténuation avait des bornes légales : les peines de *droit commun*,

attachées à la nature de l'infraction, et les peines *d'exception*, édictées pour le cas où l'infraction revêtirait un caractère exceptionnel, avaient presque le même caractère de certitude.

Cette faculté d'atténuation semblait d'ailleurs une nécessité pour les peines qui ne comportaient pas de maximum et de minimum, pour la peine de mort, pour les peines perpétuelles. Ces peines inflexibles imposées au jury eussent abouti souvent au scandale de l'impunité ; la faculté d'atténuation, c'était une garantie de la répression. Même pour les peines temporaires, la faculté mesurée d'en modifier la nature était chose désirable, à la condition seulement qu'elle ne fût exercée qu'avec prudence et discrétion, à la condition que l'exception ne confisquât pas la règle, que l'atténuation ne fût pas *à priori*, dans toute affaire et pour tous, une sorte de *droit acquis*.

Le système qui fonde le droit de punir sur la justice morale, limitée par l'intérêt social, ne pouvait hésiter à consacrer le système des circonstances atténuantes ; en l'adoptant, il ne faisait peut-être pas assez pour son principe ; il eût dû peut-être, réagissant contre le système de la Constituante, revenir au système des *peines arbitraires* qui seul permettrait de tenir compte d'une manière complète, adéquate, des expiations morales que l'agent aurait pu subir, en dehors de la répression sociale.

L'agent qui, en ce monde, a reçu le châtiment de son infraction, avant tout jugement, peut avoir l'espérance d'une atténuation, mais d'une atténuation li-

mitée, qui assure que l'expiation morale n'absorbera pas l'expiation sociale.

La valeur du système des circonstances atténuantes est indépendante des abus qui ont pu en être faits. Si le jury, dans la pratique, se laisse facilement entraîner à des exagérations d'indulgence ; si, répondant au reste à l'appel qui lui a été fait, il substitue sa souveraineté à la souveraineté sociale ; si même il est quelquefois tenté de convertir une disposition de faveur en une disposition de rigueur et d'injustice, en ne se montrant plus aussi sévère sur la preuve, et en transigeant avec la certitude du fait, ces inconvénients ne sont pas la condamnation du système de la faculté d'atténuation, parce qu'ils n'en sont pas la conséquence. Si, comme on l'a dit, ces résultats se sont produits, et je l'ignore, la faute n'appartient pas au système, mais aux hommes qui ont été chargés de l'appliquer.

Sous ce rapport, la réforme de 1832, en empruntant quelque chose à l'ancien système des *peines arbitraires*, pour tempérer, dans des limites bien définies, le système du Code de 1810, qui avait déjà réagi contre le système de la Constituante, a fait une œuvre d'un sage éclectisme. Ne repoussons pas le bienfait, parce que peut-être nous aurions pu nous en montrer plus dignes.

Quels sont les précédents de ce système ?

L'art. 463 du Code pénal de 1810 autorisa les Tribunaux correctionnels, mais seulement dans le cas où le préjudice causé par l'infraction n'excéderait pas

25 fr., et où les circonstances paraîtraient atténuantes, à abaisser les peines d'emprisonnement et d'amende au-dessous du minimum légal, et même à prononcer séparément l'amende ou l'emprisonnement, lorsque la loi prononçait conjointement ces deux peines.

La faculté d'atténuation n'appartenait donc qu'aux Tribunaux correctionnels, juges tout à la fois du fait et du droit.

L'exposé des motifs avait grand soin d'indiquer que c'était là un *droit spécial*, qui ne pouvait être étendu *en matière criminelle*, parce qu'en matière criminelle, il donnerait lieu à une sorte de commutation de peine, c'est-à-dire à un empiètement sur le pouvoir exécutif, tandis qu'en *matière correctionnelle*, il n'entraînait pas de changement dans la nature de la peine, mais appelait une simple réduction.

L'objection de l'exposé était dénuée de tout fondement, comme on en a fait très bien la remarque : la commutation n'est pas l'œuvre du jury, mais l'œuvre de la loi, qui l'a subordonnée à une appréciation que le juge du fait est seul apte à faire.

Une loi du 24 juin 1824, dont je vous ai déjà entretenus, parce que, dans son art. 1^{er} elle défère, sauf des exceptions, aux tribunaux correctionnels, les crimes commis par des mineurs de seize ans, investit, par son art. 4, *en matière criminelle*, non pas le jury, mais la Cour d'assises, du pouvoir de substituer une nature de peines à une autre nature de peines, notamment de substituer des peines correctionnelles aux peines afflictives ou infamantes, à la

condition toutefois de déclarer expressément l'existence de circonstances atténuantes.

Ce pouvoir n'était pas créé pour tous les crimes, mais pour les crimes prévus par les art. 6 et suivants, jusqu'à l'art. 12 de cette loi.

On a dit que, sous l'empire de la loi de 1824, les Cours d'assises empiétaient sur les attributions du jury ; qu'elles avaient à s'immiscer dans l'appréciation du fait : cette immixtion était une nécessité antérieurement à la loi de 1824 : l'exercice du pouvoir discrétionnaire, renfermé dans les limites du minimum et du maximum, impliquait un jugement.

On a objecté, avec plus de raison, que le jury, dans l'incertitude sur l'admission de circonstances atténuantes, qu'il ne lui appartenait pas de proclamer, pouvait avoir la tentation d'écarter, par un verdict d'acquiescement, une pénalité qu'il regardait comme excessive.

La loi du 28 avril 1832 a généralisé le système des circonstances atténuantes, et elle en a confié l'application au jury.

Art. 463. « Les peines prononcées par la loi, contre
« celui ou ceux des accusés reconnus coupables,
« en faveur de qui le jury aura déclaré les circon-
« stances atténuantes, seront modifiées ainsi qu'il
« suit :

« Si la peine prononcée par la loi est la *mort*, la
« Cour appliquera la peine *des travaux forcés à*
« *perpétuité* ou celle *des travaux forcés à temps*.
« Néanmoins, s'il s'agit de crimes contre la sûreté

« extérieure ou intérieure de l'État , la Cour appli-
« quera la *peine de la déportation* ou celle de la
« *détention* ; mais dans les cas prévus par les art.
« 86, 96 et 97, elle appliquera la *peine des tra-*
« *vaux forcés à perpétuité* ou celle des *travaux forcés*
« *à temps*.

« Si la peine est celle des *travaux forcés à perpé-*
« *tuité*, la Cour appliquera la *peine des travaux forcés*
« *à temps* ou celle de la *réclusion*.

« Si la peine est celle de la *déportation*, la Cour
« appliquera la *peine de la détention* ou celle du
« *bannissement*.

« Si la peine est celle des *travaux forcés à temps*,
« la Cour appliquera la *peine de la réclusion*, ou
« les dispositions de l'art. 401, sans toutefois pou-
« voir réduire la durée de l'emprisonnement au
« dessous de deux ans.

« Si la peine est celle de la *réclusion*, de la *dé-*
« *tention*, du *bannissement* ou de la *dégradation*
« *civique*, la Cour appliquera les dispositions de
« l'art. 401, sans toutefois pouvoir réduire la durée
« de l'emprisonnement au dessous d'un an.

« Dans le cas où le Code prononce le *maximum*
« d'une peine afflictive, s'il existe des circonstances
« atténuantes, la Cour appliquera le *minimum* de la
« peine, ou même la peine inférieure.

« Dans tous les cas où la peine de l'emprisonne-
« ment et celle de l'amende sont prononcées par le
« Code pénal, si les circonstances paraissent atté-
« nuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés,

« même en cas de récidive, à réduire l'emprison-
« nement, même au dessous de six jours, et l'a-
« mende même au dessous de seize francs ; ils pour-
« ront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre
« de ces peines, et même substituer l'amende à l'em-
« prisonnement, sans qu'en aucun cas elle puisse
« être au dessous des peines de simple police. »

La déclaration d'existence de circonstances atténuantes a, en matière criminelle, pour effet de substituer forcément, au moins en général, la peine du degré inférieur, à la peine applicable, et de rendre l'abaissement d'un second degré facultatif à la Cour d'assises.

Vous remarquerez que, dans le § 2, la peine de mort est remplacée tantôt par la peine des travaux forcés à perpétuité, et facultativement par la peine des travaux forcés à temps, tantôt par la peine de la déportation, et facultativement par la peine de la détention ; vous remarquerez, dans le § 3, que la peine des travaux forcés à perpétuité est remplacée par la peine des travaux forcés à temps, et facultativement par la peine de la réclusion ; la loi franchit un degré qui semble intermédiaire entre les travaux forcés à perpétuité et les travaux forcés à temps, à savoir la déportation, et un autre degré intermédiaire entre les travaux forcés à temps et la réclusion, à savoir la détention.

Quand la déclaration de circonstances atténuantes écarte la déportation, la loi remplace cette peine, non par les travaux forcés à temps et la détention,

mais par la détention et le bannissement : elle franchit ainsi deux degrés intermédiaires, les travaux forcés à temps et la réclusion.

La loi ne se conforme donc pas à l'ordre d'énumération de l'art. 7 du Code pén. ; elle s'écarte encore de cet ordre dans le § 5 : elle remplace les travaux forcés à temps par la réclusion ou par un emprisonnement correctionnel, dont le minimum est de deux ans.

Enfin, dans le § 6, elle semble placer sur la même ligne, au point de vue des circonstances atténuantes, la réclusion, la détention, le bannissement et la dégradation civique, puisqu'elle remplace ces peines afflictives et infamantes ou infamantes seulement, par un emprisonnement correctionnel, dont le minimum est d'un an. Il y a un abaissement obligatoire ; la pénalité afflictive ou infamante, est convertie en une peine correctionnelle ; mais la Cour d'assises n'a pas la faculté de descendre, dans l'échelle pénale, jusqu'aux peines de simple police.

J'ai dit, cependant, qu'en général, la déclaration de circonstances atténuantes, en matière criminelle, impose la nécessité d'abaisser la peine d'un degré et donne la faculté de l'abaisser d'un second degré.

La loi du 8 juin 1850, qui remplace, pour les crimes politiques, la peine de mort par la *peine de la déportation aggravée*, décide, dans son art. 2, que la déclaration de circonstances atténuantes, convertit la *peine de la déportation aggravée* en *peine de déportation simple* et facultativement en *peine de déten-*

tion. Elle ajoute que dans les cas prévus par les art. 86, 96 et 97 du Code pénal, la *peine de la déportation simple* pourra seule être substituée à la *peine de la déportation aggravée*, et elle exclut ainsi l'abaissement facultatif d'un second degré.

Je crois que de ces textes on peut conclure que l'ordre suivi pour l'énumération des peines, dans l'art. 7. du Code pénal, n'est pas un ordre hiérarchique : je sais qu'on pourrait objecter que si la règle de l'abaissement obligatoire d'un degré et de l'abaissement facultatif d'un second degré a été proclamée dans la discussion de la loi du 28 avril 1832, elle n'est explicitement écrite nulle part et que je ne dois pas me borner à supposer son existence pour résoudre la difficulté que je vous propose. On peut soutenir que l'art. 463 soulève la question, mais ne la tranche pas, que tout au plus il fournit des inductions ; on peut ajouter que cet article, dans son § 7, indique que la déclaration de circonstances atténuantes convertit le *maximum* obligatoire de la peine en *minimum* obligatoire, et donne la faculté d'appliquer la peine inférieure. Quant à ce dernier argument, il est bien évident que le § 7 n'implique pas que la règle, *en matière criminelle*, ne soit point l'abaissement obligatoire d'un degré et l'abaissement facultatif d'un second degré : ce paragraphe suppose plutôt l'idée contraire ; il considère que la conversion nécessaire du maximum en minimum équivaut à l'abaissement d'un degré ; il est, dans tous les cas, une disposition exceptionnelle.

Ce qu'il faut bien remarquer aussi, c'est que l'art. 7 du Code pénal ne suppose nullement que son ordre d'énumération est un ordre de gradation.

La solution de cette question est, suivant moi, dans l'examen, d'une part, de la gravité comparative des peines énumérées dans l'art. 7, et, d'autre part, du caractère des faits auxquels la loi a appliqué les peines de la déportation, de la détention et du bannissement.

Eh bien ! qui pourrait admettre que, dans l'opinion commune, la peine de la déportation est plus grave que la peine des travaux forcés à temps, que la peine de la détention est plus grave que celle de la réclusion ?

C'est là une première preuve qui ne permet pas de voir dans l'ordre d'énumération un ordre de gradation ; mais il en est une seconde, c'est le caractère des faits auxquels la déportation, la détention et le bannissement sont applicables : ces faits sont toujours des infractions publiques, intéressant directement et principalement la chose publique.

La loi du 8 juin 1850 est encore une démonstration nouvelle de cette vérité : comment la peine de mort, abolie en matière politique, est-elle remplacée ? Par la peine des travaux forcés à perpétuité ? Cela devrait être, car, dans l'art. 7, cette peine occupe le second rang ; cependant c'est la déportation, la déportation aggravée, il est vrai, qui est substituée à la peine de mort.

Il y a deux échelles pénales : une échelle de peines

communes, pour les crimes de droit commun ; une échelle de peines politiques, pour les crimes politiques.

Les peines communes sont : 1° la mort ; 2° les travaux forcés à perpétuité ; 3° les travaux forcés à temps ; 4° la réclusion.

Les peines politiques sont : 1° la déportation aggravée ; 2° la déportation simple ; 3° la détention ; 4° le bannissement.

Reste la dégradation civique qui appartient aux deux échelles, ou qui est en dehors des deux échelles, parce qu'elle est appliquée à certaines infractions spéciales, qui participent de la nature de l'infraction commune et de la nature de l'infraction politique, et qui toutes ont d'ailleurs, à travers leur variété, un caractère commun, à savoir : ou un abus soit d'une fonction publique, soit d'un mandat public, soit d'une marque ayant une destination publique ; ou une atteinte soit à la fonction, non plus par le fonctionnaire, mais dans la personne du fonctionnaire, par un étranger, soit au caractère public du ministre d'un des cultes reconnus en France. Vous lirez les art. 111, 114, 119, 121, 122, 126, 127, 130, 143, 167, 177, 183, 228, 263, 362, 365 et 366 du Code pénal.

Dans tous les cas prévus par ces articles, on enlève au citoyen des droits dont il s'est montré indigne, et auxquels il a imprimé ou voulu imprimer une sorte de souillure.

L'art. 463, dans ses cinq premiers paragraphes, est la conséquence de cette double échelle.

Ce que je vous fais remarquer en ce moment pour l'atténuation, vous aurez l'occasion de le remarquer bientôt pour l'aggravation résultant de la récidive.

La Cour de Cassation a, au reste, proclamé ce système, dans un arrêt parfaitement motivé, du 3 janvier 1849 (1).

On a objecté contre cette distinction que les articles 99 et 118 appliquaient des peines dites communes à des crimes contre la chose publique, qu'une loi du 8 octobre 1830 déclarait des crimes politiques.

On a répondu, avec beaucoup de raison, que la loi du 8 octobre 1830 n'avait pour but que de trancher des questions de compétence, et que les crimes qui ont pour résultat ou pour moyen des attentats contre les personnes ou les propriétés, quelque soit leur but final, doivent être soumis à l'application de l'échelle pénale commune : ce n'est, en effet, qu'autant que, dans l'infraction, il ne se rencontre aucun élément d'un crime commun que l'échelle pénale spéciale est appliquée. Et c'est bien là ce qui explique pourquoi, dans les cas des art. 86, 96 et 97 du Code pénal, l'art. 463, § 2, convertit la peine de mort en peine des travaux forcés à perpétuité ou en peine des travaux forcés à temps, lorsque le jury recon-

(1) Voir dans Devilleneuve, 49—1—146, cet arrêt qui casse un arrêt de Caen, et la très remarquable plaidoirie de M. Pascalis, aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation. Voir dans le même sens, M. Molinier, *Revue crit.*, 1851, p. 50.

naît l'existence de circonstances atténuantes. Ces crimes sont mélangés d'éléments appartenant aux crimes communs.

Il est vrai que la loi du 8 juin 1850, dans son art. 2, a supposé que la peine de mort, qu'édictent les art. 86, 96 et 97 du Code pénal, était abolie par l'art. 5 de la Constitution du 4 novembre 1848 et était remplacée par la déportation aggravée, puisque, dans le cas de ces articles, elle n'attache à la déclaration de circonstances atténuantes qu'un seul effet, la substitution de la déportation simple à la peine encourue. Or, dans l'art. 86, l'élément du crime commun, l'assassinat, qu'aucune prétendue légitimité de but ne saurait légitimer, est l'élément dominant. Je n'ai pas à examiner si l'argument tiré de l'art. 2 de la loi du 8 juin 1850 eût suffi pour substituer la peine de la déportation aggravée à la peine de mort, dans l'art. 86, puisqu'aujourd'hui, une loi du 10 juin 1853, révisant l'ancien art. 86, a ou rétabli ou maintenu la peine de mort. Mais la question survit pour les crimes prévus par les art. 96 et 97 : la déportation aggravée remplace-t-elle la peine de mort ? Je signale la question, mais je ne la discute pas, parce qu'elle ne se rattache pas à l'explication de l'art. 463 (1).

En matière de délits, la déclaration de circonstances atténuantes force à réduire la peine correc-

(1) Voir arrêt Cass., 7 mars 1849, avec les conclusions de M. Dupin. (Dev., 49—1—209.)

tionnelle et même autorise à convertir l'emprisonnement et l'amende en un emprisonnement et une amende de simple police.

Elle permet, dans le cas où la loi prononce un emprisonnement et une amende, de n'appliquer qu'une de ces deux peines.

Enfin, dans le cas où la loi ne prononce qu'un emprisonnement, le juge peut n'appliquer qu'une amende. Mais quelle amende ?

La question fut faite lors de la discussion de la réforme de 1832 ; on répondit : *l'amende fixée par la loi*. Ce n'était pas une réponse sérieuse, car la difficulté vient justement de ce que la loi ne prononce aucune amende.

La doctrine, en général, a pensé que l'amende applicable serait une amende de simple police, c'est-à-dire une amende au-dessous de 16 fr. : un arrêt récent (1) a décidé que la quotité de l'amende serait déterminée dans les limites du minimum au maximum des amendes correctionnelles.

En matière correctionnelle, la loi a bien déterminé un minimum ; mais elle n'a pas déterminé d'une manière générale de maximum : je crois que le juge aura l'option entre le minimum de l'amende correctionnelle et l'amende de simple police, qu'il

(1) Voir arr. Douai, 22 mars 1852, et la note de M. Gilbert (Dev. 53—2—29).

pourra faire fléchir dans les limites du minimum au maximum (1).

L'art. 483 du Code pénal déclare l'art. 463 applicable à toutes les contraventions prévues par le Code pénal : l'emprisonnement ne peut être réduit au-dessous d'un jour, ni l'amende au-dessous d'un franc.

A quelles peines s'applique la faculté d'atténuation de l'art. 463 ?

A toutes les peines principales en matière criminelle, aux peines afflictives et infamantes ou infamantes seulement, à l'emprisonnement (peine correctionnelle et peine de simple police), à l'amende (peine commune aux trois classes d'infractions).

Est-elle applicable aux peines accessoires, aux peines qui ne sont pas écrites dans la condamnation, et qui résultent soit de l'exécution, soit de l'irrévocabilité d'une peine principale ?

Il est bien évident que quand la peine principale, qui entraîne, comme conséquence, la peine accessoire, est écartée, cette peine accessoire est écartée par voie de résultante.

Mais *quid* des peines qu'une certaine terminologie considère comme *accessoires* et qui sont pour nous des peines *complémentaires*, le renvoi sous la surveillance de la haute police, l'interdiction en tout ou partie des droits civiques, civils et de famille ?

Il semblerait que ces peines, qui sont attachées à certains faits, à raison de leur caractère spécial, et

(1) *Sic*, Cassation, 10 janvier 1846 (Dev. 46—1—272).

que la loi a appropriées à un certain genre de répression, ne devraient pas être écartées parce que, par exemple, à la peine principale, qui était une peine correctionnelle, on aurait substitué une peine de police.

Cependant la Jurisprudence, après quelques hésitations, a fini par consacrer le système contraire : elle a considéré que, du moment où l'atténuation était telle qu'on ne punissait le fait que d'une peine de simple police, il y aurait une sorte d'inconséquence à maintenir des peines additionnelles dont l'une n'appartenait qu'aux deux premières classes d'infractions, les crimes et les délits, et dont l'autre était spéciale aux délits.

L'objection contre ce système, c'est que l'art. 463 ne parle ni du renvoi sous la surveillance de la haute police, ni de l'interdiction de totalité ou de partie des droits civiques, civils et de famille ; qu'il ne remplace pas ces peines et qu'il ne permet pas, au moins expressément, d'en décharger. Mais la Jurisprudence est fixée (1).

(1) Voir arr. Cassation, 26 juin 1838 et 24 novembre 1838 (Dev. 38 —1—574 et 995). *Sic*, MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. VI, p. 277, troisième édition.—M. Molinier, *Revue crit.*, 1851, p. 437, à la note. Ce savant auteur, toutefois, n'admet pas l'argument de la Cour de cassation ; il pense que l'emprisonnement, réduit au-dessous de six jours, et l'amende, réduite au-dessous de 16 fr., ne cessent pas d'être des peines correctionnelles. Je serais porté à croire que ces peines, réduites aux limites des peines de simple police, deviennent

Il y a pourtant des hypothèses dans lesquelles incontestablement la Jurisprudence n'admettrait pas que l'existence de circonstances atténuantes dût affranchir du renvoi sous la surveillance de la haute police : ce sont les hypothèses prévues dans les articles 100, 108, 138 et 144 du Code pénal, lorsque le renvoi est la seule peine applicable ; il est vrai que, dans ce cas, le renvoi sous la surveillance de la haute police est une *peine principale*, dans toutes les acceptions du mot.

L'art. 463 est-il applicable à la confiscation à titre spécial, peine commune à toutes les classes d'infractions ?

Aucun des paragraphes de l'art. 463 ne permet de métamorphoser cette peine, ni de la supprimer : s'il n'y avait que ce motif, on pourrait dire qu'il est commun aux deux *peines additionnelles* que les circonstances atténuantes ont la puissance d'effacer ; mais on en a donné un autre motif : la confiscation est une mesure d'ordre destinée à retirer de la circulation le corps, le produit ou l'instrument de l'infraction. Ce motif est excellent quand l'infraction consiste dans la détention même de la chose à confisquer ; mais le produit et l'instrument ne sont pas toujours à mettre hors du commerce : le chasseur est exproprié du fusil, instrument du délit de chasse, sans que le fusil

des peines de simple police ; mais elles n'en sont pas moins prononcées *en matière correctionnelle*, et les conséquences que M. Molinier veut prévenir ne se réalisent pas.

doive toujours pour cela rester en dehors de la circulation (art. 16, loi du 3 mai 1844). Il y a enfin un autre motif : c'est que la confiscation est une peine commune aux trois classes d'infractions, et que, sous ce rapport, elle est parfaitement compatible avec les peines de simple police (1).

Le pouvoir de reconnaître l'existence des circonstances atténuantes appartient au jury *en toute matière criminelle*. Ce sont les termes de l'art. 341 du Code d'instruction criminelle. Un amendement tendant à y substituer les mots « en toute matière soumise au jury », fut repoussé lors de la réforme du 28 avril 1832. Ce n'est donc qu'autant que l'infraction, dont l'existence est reconnue par le jury, conserve le caractère de crime, qu'elle n'est dépouillée d'aucune des conditions sans lesquelles elle dégénérerait en délit ou en contravention, que les sept premiers paragraphes de l'art. 463 du Code pénal sont applicables (2).

Dès que le fait revêt le caractère de délit, c'est à la Cour d'assises, remplissant les fonctions de tribunal correctionnel, qu'il appartient de statuer sur l'existence des circonstances atténuantes, et de se mouvoir, en toute indépendance, dans les limites pénales du dernier paragraphe de l'art. 463.

En matière criminelle, aucune disposition ne res-

(1) *Sic*, Cass., 26 septembre 1833 (Sir. 34—1—107).

(2) Voir, en ce sens : Cass., 15 février 1834 (Sir. 34—1—122) ; 15 mars 1838 (Sir. 39—1—804).

treint l'application de l'art. 463 au cas où il s'agit de crimes prévus par le Code pénal. Par cela seul que les pénalités de ce Code sont encourues, la déclaration de circonstances atténuantes peut opérer et opère la conversion.

Mais lorsque la Cour d'assises juge en matière criminelle sans concours de jurés, dans le cas de contumace, peut-elle déclarer l'existence de circonstances atténuantes? (Art. 470, Code d'instruction criminelle.)

La Cour statue sur l'accusation, dit la loi ; elle doit l'apprécier dans tous ses éléments ; elle peut acquitter, absoudre, reconnaître que le fait ne constitue pas un crime, mais un délit ou une contravention, admettre les excuses légales. Pourquoi ne pourrait-elle pas faire la part à la moralité de l'agent ? Serait-ce que l'état de contumace serait comme une cause d'indignité, exclusive de toute atténuation ? Mais la loi n'a écrit nulle part cette indignité. D'ailleurs l'état de contumace n'est pas toujours nécessairement imputable à l'agent. Si la loi, dans l'art. 463, n'a parlé que du jury, c'est qu'elle a prévu les cas le plus ordinaire, le cas d'une condamnation contradictoire (1).

A qui appartient le droit de déclarer les circonstances atténuantes lorsque le jury reconnaît l'existence d'un crime, mais admet en même temps une excuse dont l'effet est de substituer à une peine afflic-

(1) *Contrà*, Cassation, 4 mars 1842 (Sir. 42—1—471). Dans le sens de la leçon, MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. VI, p. 260 à 263, troisième édition.

tive ou infamante une peine correctionnelle, par exemple, dans les cas prévus aux art. 321 et suivants jusqu'à l'art. 326 du Code pénal ?

La difficulté naît de ce qu'indépendamment des circonstances atténuantes, la pénalité applicable n'est plus une peine criminelle, et de ce que, par suite, on est ainsi placé sous l'empire du huitième et dernier paragraphe de l'art. 463. La Cour de cassation a jugé que le jury ne pouvait lier la Cour d'assises par la déclaration de circonstances atténuantes ; elle a fondé sa solution sur les termes du § 8 de l'art. 463, d'après lesquels *lorsque les peines prononcées par la loi sont celles de l'emprisonnement ou de l'amende, c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de réduire facultativement ces peines dans les limites que ce paragraphe indique* (1).

La Cour de cassation n'a pas dit, comme on semble le dire, que le fait se trouvait réduit à un simple délit. L'excuse, en substituant à une peine afflictive et infamante une peine correctionnelle, change-t-elle la qualification du fait ? C'est là une question qu'il ne convient pas de résoudre par voie de supposition. Ceux qui, comme moi, voient dans la minorité de seize ans, non pas une cause de mitigation, mais une excuse, sont bien obligés de reconnaître qu'un crime excusable ne cesse pas d'être un crime. Ils ont pour eux la rubrique du § 2,

(1) Cass. 19 avril 1844, S. 44—1—734 ; Cass. 22 juillet 1852, S. 53—1—48.

section III, du titre II du livre III du Code pénal :
Crimes et délits excusables (1)

Objecterait-on les termes de l'art. 341 du Code d'instruction criminelle, qui commandent d'avertir le jury, *en toute matière criminelle*, de l'existence de son pouvoir, quant aux circonstances atténuantes ? Pourquoi l'avertissement ne serait-il pas donné quand une excuse est présentée ? Est-ce qu'on peut préjuger que l'excuse sera accueillie ? L'art. 341 ne dit pas à quelle condition l'efficacité de la déclaration du jury est subordonnée. Donc, même *en matière criminelle*, quand la peine écrite dans la loi est une peine correctionnelle, c'est le juge chargé de l'application de la peine qui statue sur les circonstances atténuantes.

La question devient beaucoup plus grave, lorsqu'un mineur de seize ans est traduit devant le jury, par application de l'art. 68 du Code pénal, soit parce qu'il a des complices présents au-dessus de cet âge, soit parce que son crime, s'il eût été commis par un majeur, entraînerait l'application de la peine de mort, la peine des travaux forcés à perpétuité, la peine de la déportation ou celle de la détention. Il est certain que la déclaration de culpabilité ne fera, aux termes de l'art. 67, encourir à l'agent qu'une peine correctionnelle. Sous ce rapport, il semble que l'appréciation des circonstances atténuantes appartient à la Cour d'assises et non au jury. Mais voici l'objection :

(1) En adoptant la solution de la Cour de cassation, je ne lui donne pas l'interprétation donnée par M. Devilleneuve.

pour déterminer la pénalité à appliquer au mineur de seize ans, il faut savoir quelle eût été la pénalité applicable, si le crime eût été commis par un majeur. Or, la pénalité applicable au majeur varierait suivant que les circonstances atténuantes seraient admises ou rejetées. Le jury doit donc statuer hypothétiquement comme s'il avait affaire à un majeur ; et, sur cette position ainsi faite au majeur, la Cour d'assises mesurera l'influence de la minorité. Dans ce système, la Cour d'assises aurait d'abord à examiner si elle n'userait, à l'égard du majeur, que de l'abaissement obligatoire, ou si elle userait de l'abaissement facultatif. Puis, cette question résolue, toujours par forme d'hypothèse, elle appliquerait soit le § 2, soit le § 3 de l'art. 67, à savoir, ou un emprisonnement de dix à vingt ans, ou un emprisonnement du tiers au moins et de la moitié au plus de la durée de la peine temporaire écartée. Ce système a été consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1847, et un savant criminaliste, à travers quelques hésitations, donne son approbation à cette décision (1).

J'éprouve, pour mon compte, beaucoup de doutes. Toutefois, j'inclinerais à ne pas adopter cette solution. D'abord, elle est contraire aux termes du dernier paragraphe de l'art. 463 ; par cela seul que l'emprisonnement est la peine applicable, indépendamment des

(1) Voir, *Revue critique*, 1854, p. 233, un article de M. Molinier qui donne les termes de l'arrêt.

circonstances atténuantes, le juge des circonstances atténuantes est le Tribunal correctionnel, et, partant, la Cour d'assises quand elle le remplace.

En second lieu, est-il bien rationnel de supposer que les circonstances atténuantes aient été admises au profit d'un majeur, pour constater finalement la mesure de pénalité que ce majeur aurait encourue ? Est-ce que la peine, sur laquelle se mesure l'atténuation, est la peine que, dans telle ou telle hypothèse donnée, un majeur subirait ? Non ; c'est la peine que le fait pris en lui-même, considéré dans ses éléments intrinsèques, emporterait contre un majeur. Etc. cela est bien différent. Il n'y a plus à faire d'appréciation hypothétique. Quelle est la peine écrite dans la loi ? Quelle est la peine que l'admission de l'excuse substitue à la peine de Droit commun ? Ces deux questions résolues, si la Cour d'assises reconnaît l'existence de circonstances atténuantes, elle abaisse encore dans les limites de l'art. 463, § dernier, la peine correctionnelle qui remplace la peine afflictive et infamante écartée.

Toutes ces controverses sont de nature à faire regretter peut être que l'amendement qui tendait à investir le jury de la faculté de se prononcer sur les circonstances atténuantes, quand il était saisi de la connaissance du fait, n'ait pas pris place dans la loi.

Remarquez que dans le cas du paragraphe dernier de l'art. 463, le droit exceptionnel des circonstances atténuantes n'est introduit que pour la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende *prononcées*

par le Code pénal. Il est étranger aux peines correctionnelles prononcées par des lois spéciales, lorsque ces lois sont muettes (1).

(1) Voir : lois des 11 août 1848, art. 8, et 27 juillet 1849, art. 23. — Loi du 28 juillet 1848, art. 18. — Loi du 15 mars 1849, art. 117. — Et le décret des 25-28 février 1852, qui attribue aux tribunaux correctionnels la connaissance de délits soumis antérieurement au jury.



DIX-SEPTIÈME LEÇON.

RÉCIDIVE. — Résulte-t-elle toujours d'infractions successives? — Retour sur le principe du non cumul des peines. — Raison de l'aggravation attachée à la récidive légale. — Pourquoi cette aggravation ne va-t-elle pas toujours croissant avec le nombre des récidives? — Lois romaines. — Ancienne jurisprudence. — Droit intermédiaire. — Code de 1810, art. 56, 57 et 58. — Réforme du 28 avril 1832. — Quelles sont les innovations de cette réforme en matière de récidive? — Loi du 8 juin 1850. — N'a-t-elle pas modifié le § 6 de l'art. 56? — L'a-t-elle abrogé? — Dissidence avec quelques auteurs. — Quatre espèces de récidives prévues. — Espèces nombreuses en dehors des textes de la loi. — Espèces dans lesquelles il n'y a pas lieu à aggravation. — Questions controversées. — L'agent condamné pour délit à plus d'un an d'emprisonnement commet un crime. — *Quid* si le crime, à raison des circonstances atténuantes, n'est puni que d'une peine correctionnelle? — L'art. 58 est-il applicable? — Arrêt de la Cour de cassation. — *Quid* si le crime, à raison d'une excuse, n'emporte qu'une peine correctionnelle? — L'agent condamné pour crime à une peine correctionnelle, à raison de circonstances atténuantes, commet un second crime qui, à raison de circonstances atténuantes, n'est encore puni que d'une peine correctionnelle. — Est-ce l'art. 57 ou l'art. 58 qui régit ce cas? — Y a-t-il même lieu à aggravation? — Arrêt de cassation. — Diverses théories des auteurs. — L'agent condamné à une peine afflictive et infamante, qui commet un second crime, n'est-il jamais affranchi de l'aggravation pour récidive par l'admission des circonstances atténuantes? — Arrêt de la Cour de cassation. — Hypothèse d'un second crime puni de la dégradation civique, et, par suite de la circonstance de la récidive, du bannissement; en cas d'admission de circonstances atténuantes, le juge peut-il élever l'emprisonnement au-dessus du maximum de cinq ans? — Dissidence avec un auteur. — Agent condamné pour crime dans le cas des art. 100, 108, 138 et 144 au renvoi sous la surveillance de la haute police, comme peine principale. — Il commet un crime passible d'une peine afflictive et infamante, y a-t-il lieu à l'aggravation de l'art. 56? — Hypothèse dans laquelle la condamnation ne peut pas recevoir son exécution. — Pourquoi cette condamnation

doit être prononcée. — Arrêt de la Cour de cassation. — Quand la loi prononce cumulativement deux peines, dans le cas des art. 57 et 58, les deux peines doivent-elles être portées au maximum ? — Distinction. — Sous-distinction d'un auteur repoussée. — Art. 634 du Code d'instruction criminelle. — Loi du 5 juillet 1852. — Aggravation qu'elle apporte à l'article 634. — Anomalie. — De quel Tribunal doit émaner la condamnation pour qu'elle puisse servir de base à la récidive ? — *Quid* d'une condamnation rendue à l'étranger ? — *Quid* d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante prononcée sous l'empire d'une loi ancienne, lorsque la loi sous l'empire de laquelle le second crime est commis ne considère plus la première infraction que comme un délit ? — Les condamnations par contumace et par défaut ont-elles le même effet que les condamnations contradictoires ? — La prescription, la grâce, la réhabilitation effacent-elles la condamnation au point de vue de la récidive ? — La condamnation prononcée par un Tribunal militaire ou maritime peut-elle servir de base à l'aggravation de peine pour récidive, en cas de crime ou de délit postérieur ? — Est-ce le juge du fait ou le juge du droit qui statue sur l'existence de la récidive ?

MESSIEURS,

Nous venons d'étudier les causes exclusives d'imputabilité : l'absence de raison ou seulement l'absence de liberté ; les causes restrictives de l'imputabilité : les excuses et les circonstances atténuantes ; nous avons aussi étudié les causes de mitigation.

Je veux aujourd'hui m'occuper d'une cause d'aggravation de la pénalité, de la *récidive*, que le Code pénal a placée dans le premier livre, bien qu'il ne traite de l'agent que dans le second livre.

La *récidive*, comme l'étymologie l'indique (*rursus cadere*), c'est la rechute dans l'infraction ; c'est la persévérance dans la violation du commandement social ; mais ce n'est plus la rechute dont la loi ne

tient pas de compte lorsque la nouvelle infraction entraîne une peine moins forte que celle attachée à la première infraction, la rechute avant toute condamnation ; c'est la rechute de l'agent irrévocablement condamné, de l'agent que la loi a déjà frappé et qui veut rentrer en lutte avec elle.

La succession de plusieurs infractions, avant l'irrévocabilité d'une condamnation, non seulement n'aggrave pas la pénalité, mais n'attire pas autant de peines spéciales qu'il y a eu d'infractions spéciales ; elle est protégée par le principe du *non cumul* des peines.

J'ai essayé de vous faire comprendre la raison de ce principe : la société doit croire, jusqu'à preuve contraire, que les sanctions dont elle a protégé ses commandements étaient suffisantes pour leur assurer le respect, leur imprimer un caractère d'inviolabilité. En appliquant à toutes les infractions antérieures au jugement, la plus forte des sanctions encourues par l'agent, la société présume et doit présumer que l'expiation qu'elle inflige est, pour elle, une sûre garantie que l'agent ne s'insurgera plus contre ses prescriptions, qu'elle le trouvera désormais docile à ses lois.

Mais si l'agent dément cette présomption, si, après avoir une première fois méprisé les inspirations de sa conscience, les menaces de la loi, il vient ajouter à tout cela le mépris du châtiment, sa nouvelle infraction ne doit pas seulement entraîner la peine qu'elle entraînerait contre un agent qui n'aurait

jamais été condamné ; elle tire de la situation de l'infracteur un caractère plus alarmant ; ce n'est plus une simple désobéissance ; c'est un défi jeté à la société et à la loi ; c'est l'opiniâtreté de la rébellion, c'est une perversité endurcie, exceptionnelle, dont la pénalité commune ne triomphe pas et qui appelle sur elle un supplément de châtiment, une aggravation exceptionnelle de pénalité. La loi pénale, comme les autres lois, est faite pour les cas les plus ordinaires, et s'il nous est permis de parler ainsi, pour la *moyenne* de ces natures qui s'exposent à la répression ; mais la loi pénale a dû prévoir le cas où elle acquerrait la preuve qu'elle avait affaire à une de ces natures tellement dangereuses, tellement dévouées au mal, que les sanctions qu'elle attachait à chaque infraction seraient inefficaces, et alors elle a aggravé ou la nature ou la mesure du châtiment ; la récidive légale, c'est-à-dire la rechute après condamnation, a été, pour elle, en général au moins, la preuve d'un surcroît d'immoralité, qui rendait nécessaire un surcroît d'expiation sociale.

La récidive légale n'est pas et ne doit pas être subordonnée à la condition d'une rechute dans la même espèce d'infraction déjà punie : la rechute dans toute infraction, du moment qu'elle offre quelque gravité, qu'elle suppose l'intention arrêtée de violer la loi, accuse la première sanction appliquée d'impuissance, et provoque l'application d'une sanction plus énergique.

Sans doute, ces principes absolus réclameront, dans

la pratique, des tempéraments ; les circonstances atténuantes permettront de corriger la rigueur des présomptions légales ; quelquefois aussi, la loi présu-mera, malgré la récidive, que les besoins sociaux ne réclament point d'aggravation.

On s'est demandé si la part d'aggravation attachée à la récidive devait s'accroître à chaque nouvelle récidive, et si, par exemple, la troisième infraction, commise depuis une seconde condamnation, devrait être punie d'une peine plus forte que si elle n'eût été commise qu'après une première condamnation. Doit-on appliquer le brocard : *malitia crescente, debet augeri pœna* ?

La logique devrait dire oui ; mais la raison et l'équité indiquent assez que, si chaque récidive légale entraînait un supplément de peine toujours croissant, on pourrait arriver à l'application de pénalités qui seraient en disproportion évidente avec la gravité intrinsèque de l'infraction, après plusieurs condamnations ; une infraction légère pourrait appeler la peine de mort. Or, ce que la loi sociale frappe, c'est surtout l'acte, la criminalité *objective* ; elle tient compte sans doute de la criminalité *subjective* ; mais cette criminalité ne doit pas être l'élément prédominant. L'aggravation progressive, suivant le nombre des récidives, ne doit donc pas être adoptée, au moins comme règle générale.

On s'est encore demandé si, lorsque la seconde infraction est séparée de la première condamnation par un long intervalle de temps, l'aggravation atta-

chée à la récidive devait être appliquée ; et d'excellents esprits ont montré quelque tendance pour la négative : L'agent a donné longtemps des gages de retour au bien, il a fini par oublier la peine. Mais si on ne lui appliquait que la peine, peut-être légère, attachée à la seconde infraction, n'y aurait-il pas quelques chances pour qu'il l'oubliât encore, et qu'après un certain nombre d'années il retombât dans une troisième infraction ? Cet agent est, en principe au moins, dans toutes les conditions qui légitiment l'application d'une peine aggravée.

Je n'ai pas à faire ici l'histoire du principe de la récidive. Ce que je veux dire seulement, c'est que l'idée que la rechute après jugement impose plus de sévérité dans le châtement, est clairement écrite dans la loi Romaine, qu'elle a traversé notre ancien Droit, s'est traduite sans doute sous des formes variées, avec une grande diversité de conséquences, mais n'a jamais cessé d'animer notre législation.

La récidive exerçait de l'influence toujours sur la mesure de la peine, souvent sur sa nature et souvent même sur la juridiction à saisir ; quelquefois elle poussait jusqu'à enlever à l'agent le moyen de perpétration de l'infraction et à le placer dans l'impossibilité de récidiver.

La condition de la récidive légale était, comme dans le Droit Romain, que l'agent eût été *appréhendé et atteint par justice*, ou qu'il eût été *reprins* (1).

(1) Voir notamment : LL. 4 et 28, §§ 13, 14, ff. de pœnis.

La Constituante se garda de répudier le principe de l'aggravation pour récidive. La loi des 18-22 juillet 1791 s'occupait, dans son titre I^{er}, de la police municipale, et l'art. 27 de ce titre déclarait qu'en cas de récidive les amendes seraient doubles ; pour certaines contraventions, les délinquants, en cas de récidive, n'étaient plus jugés par la police municipale, ils étaient renvoyés devant la police correctionnelle ; c'est ce qu'indique l'art. 23 du titre I^{er}. Pour les délits, dont s'occupait le titre II^e, presque tous les articles se terminent par cette formule : *les peines seront doubles en cas de récidive* (art. 10, 19, 24, 25, 27, 32, 33, 35, 38, 39). L'aggravation était quelquefois plus considérable : l'infidélité des poids et mesures, punie pour la première fois en simple police, la seconde fois en police correctionnelle, devenait, la troisième fois, un crime à poursuivre criminellement (art. 40, tit. II). L'art. 29, tit. II, offrait encore l'exemple d'un changement de juridiction entraîné par la récidive.

— L. un. *Cod. de superindicto*. — Ordon. de Philippe VI, du 12 mars 1329. — Ordon. de Louis XI, du 12 mars 1478. — Ordon. de François I^{er}, de mars 1515 et de janvier 1518. — Ordon. de François II, de juillet 1559. — Ordon. d'Orléans, de janvier 1560. — Ordon. de Charles IX, du 23 avril 1561, art. 5. — Édit de Henri III, du 24 mars 1583. — Ordon. de Henri IV, de juin 1601. — Ordon. d'août 1670, art. 12. — Déclaration du 4 mars 1724. — Ordon. de Louis XV, du 5 février 1731. — Voir aussi, sur l'historique de l'aggravation pour récidive, de curieux détails dans l'ouvrage de M. Bonneville, 1844.

Le Code pénal du 25 septembre 1791 punissait le récidiviste de la peine attachée à son crime : la peine supplémentaire était la peine de la déportation, après l'expiration de la peine encourue. Ainsi l'infracteur récidiviste subissait d'abord la peine de son infraction, et il avait ensuite à subir la déportation comme peine spéciale de sa récidive (art. 1, tit. II). On objectait avec beaucoup de raison que la gravité du second crime devenait alors indifférente, puisque, quelle que fût la peine criminelle encourue, la déportation était toujours au bout. Cette disposition, cependant, comportait une exception : si l'agent n'avait été condamné, pour le premier crime, qu'à la dégradation civique ou au carcan, et qu'il n'encourût encore, pour son second crime, que la dégradation civique ou le carcan, la récidive n'entraînait pas la déportation : cette peine était remplacée par la peine de deux années de détention. Vous savez que la peine de la déportation resta à l'état de menace, faute d'un lieu pour son exécution.

Le Code de brumaire an IV, livre III, maintint la législation en vigueur : la récidive en matière de contravention entraînait le renvoi de l'agent devant le tribunal correctionnel (voir les art. 607 et 608).

Une loi du 23 floréal an X déclara que tout individu, condamné pour crime, qui commettrait, postérieurement à sa condamnation, un second crime emportant peine afflictive, serait condamné à la peine attachée à son second crime, et de plus, pour la récidive, serait flétri publiquement sur l'épaule

gauche de la lettre R. Ainsi la flétrissure remplaçait la déportation, mais cette loi n'était qu'une loi provisoire qui ne devait durer que tant que la déportation ne pourrait pas s'exécuter.

Le titre VI du livre II du Code d'Instruction criminelle de 1808 attachait à la *récidive, pour crime*, de l'agent déjà condamné à une peine afflictive ou infamante, une juridiction et une procédure spéciales : il faut lire notamment les art 553, 597 et 598.

Le Code de 1810 attachait à la récidive, en matière de crimes, l'aggravation de la peine immédiatement supérieure à celle qu'aurait entraînée le crime, s'il n'eût pas été commis par un récidiviste : la dégradation civique était remplacée par la peine du carcan ; la réclusion, par la peine des travaux forcés et la marque ; la peine des travaux forcés à temps et la déportation étaient remplacés par les travaux forcés à perpétuité. Vous remarquez que les travaux forcés à temps et la déportation étaient placés sur la même ligne ; les travaux forcés à perpétuité étaient remplacés par la peine de mort. Cette aggravation n'était soumise qu'à la condition qu'un second crime serait commis après une condamnation pour crime. Le récidiviste continuait d'être traduit devant la juridiction des cours spéciales qui jugeaient sans jurés, et dont les décisions, à l'abri du recours en Cassation, s'exécutaient dans les vingt-quatre heures : la juridiction des cours spéciales n'a été, en effet, abolie que par la loi du 20 décembre 1815, et seulement à partir de 1817.

L'aggravation, pour récidive, du condamné à raison d'un crime qui commettait un délit, consistait dans la nécessité d'appliquer le maximum et dans la faculté de le porter au double : la nature de la peine n'était pas changée (art. 57).

Il n'y avait d'aggravation, pour récidive de délit à délit, qu'autant que le premier délit avait été puni d'un emprisonnement de plus d'une année ; l'aggravation, c'était encore le maximum de la peine avec faculté de le porter au double ; de plus, le récidiviste était renvoyé sous la surveillance de la haute police pendant une période de cinq à dix ans (Art. 58).

Le Code de 1810 n'avait pas attaché, dans son article 57, la peine de la surveillance à la peine du délit commis après une première condamnation pour crime : on avait considéré, sans doute, que la première condamnation entraînait cette surveillance comme accessoire. Mais la supposition était erronée pour la condamnation à la dégradation civique, et elle pouvait l'être pour la condamnation au bannissement (art. 48, Cod. pén.).

La récidive, en matière de contraventions, était subordonnée à la condition que la seconde contravention se fût produite dans les douze mois de la première condamnation, et eût eu lieu dans le ressort du même tribunal de police ; elle rendait l'emprisonnement obligatoire (art. 474, 478 et 482, Cod. pén.).

La loi du 28 avril 1832 n'a modifié que l'art. 56.

Je lis la nouvelle rédaction de cet article :

« Quiconque, ayant été condamné à une *peine*

« *afflictive ou infamante*, aura commis un second
« crime emportant, comme peine principale, la dé-
« gradation civique, sera condamné à la peine du
« bannissement.

« Si le second crime emporte la peine du bannis-
« sissement, il sera condamné à la peine de la dé-
« tention.

« Si le second crime emporte la peine de la ré-
« clusion, il sera condamné à la peine des travaux
« forcés à temps.

« Si le second crime emporte la peine de la dé-
« tention, il sera condamné au *maximum* de la
« même peine, laquelle pourra être élevée jusqu'au
double.

« Si le second crime emporte la peine des tra-
« vaux forcés à temps, il sera condamné au *maximum*
« de la même peine, laquelle pourra être élevée jus-
« qu'au double.

« Si le second crime emporte la peine de la dé-
« portation, il sera condamné aux travaux forcés à
« perpétuité.

« Quiconque, ayant été condamné aux *travaux*
« *forcés à perpétuité*, aura commis un second crime
« emportant la même peine, sera condamné à la
« peine de mort.

« Toutefois, l'individu condamné par un tribunal
« militaire ou maritime, ne sera, en cas de crime ou
« délit postérieur, passible des peines de la récidive
« qu'autant que la première condamnation aurait été

« prononcée pour des crimes ou délits punissables
« d'après les lois pénales ordinaires. »

Vous remarquerez d'abord que la condition de l'application de cet article, c'est qu'il y ait eu précédente *condamnation à une peine afflictive ou infamante* : une précédente condamnation *pour crime* ne suffit pas.

J'appelle votre attention sur les §§ 1, 2 et 4, qui confirment l'existence d'une double échelle pénale : la circonstance de la récidive substitue le bannissement à la dégradation civique, la détention au bannissement; elle porte la détention au maximum et permet de l'élever jusqu'au double ; la loi considère qu'il y a une trop grande distance entre la déportation et la détention pour substituer l'une des peines à l'autre.

Dans le cas du § 6, la loi remplace, il est vrai, la déportation par la peine des travaux forcés à perpétuité : la logique eût écrit la peine de mort ; une inspiration d'équité a corrigé le conseil de la logique.

Vous savez que la loi du 8 juin 1850, en faisant de la déportation une vérité, a établi deux sortes de déportations : la déportation simple et la déportation aggravée. La déportation simple, c'est la peine du n° 3 de l'art. 7 du Code pénal ; si le crime commis par le récidiviste emporte par sa nature la déportation, la peine des travaux forcés à perpétuité, écrite dans le § 6 de l'art. 56, continuera-t-elle d'être applicable ?

Non, et il y a unanimité sur ce point ; il y a une peine politique d'un degré supérieur : la déportation

aggravée ; c'est ce degré supérieur dont la circonstance de la récidive doit entraîner l'application (1).

Mais le récidiviste a commis un crime qui par sa nature entraînait la peine de mort, remplacée par la déportation aggravée : la circonstance de la récidive ne produira-t-elle aucun effet ?

Des criminalistes dont, pour nous, l'opinion est d'un grand poids, le soutiennent, et je comprends tout ce que leur solution a de favorable. Toutefois, j'avoue qu'il me paraît difficile d'écarter l'application du § 6 de l'art. 56. Dans l'hypothèse précédente je me suis écarté de sa lettre, mais j'obéissais à son esprit : ici est la lettre et l'esprit de la loi ne commandent-ils pas d'appliquer au récidiviste, dont le crime emporte la déportation aggravée, une aggravation que la loi du 28 avril 1832 attachait au crime n'entraînant que la déportation simple, quand il était commis par un récidiviste (2) ?

Vous avez encore à remarquer, sur le § 5, que la loi fait pour les travaux forcés à temps ce qu'elle a fait pour la détention : en cas de récidive, le crime puni des travaux forcés à temps entraîne le maximum de cette peine temporaire et autorise à la porter jusqu'au double ; la loi recule devant le degré supérieur, qui serait la peine des travaux forcés à perpétuité.

(1) *Sic*, M. Molinier, *Rev. critiq.*, 1851, t. I^{er}, p. 49, n^o 6.
— MM. Faustin-Hélie et Chauveau, t. I^{er}, p. 290, à la note, 3^e édition.

(2) Voir *contrà*, M. Molinier, *loco citato*, MM. Chauveau et Faustin-Hélie, *loco citato*.

Vous devez enfin remarquer, sur le § 7, qu'il ne suffit pas que le second crime commis par le récidiviste emporte, par sa nature, la peine des travaux forcés à perpétuité pour que cette dernière peine soit remplacée par la peine de mort ; il faut de plus que la première condamnation ait été une condamnation aux travaux forcés à perpétuité ; sous les autres paragraphes, l'aggravation résultant de la récidive est subordonnée seulement à la condition d'une précédente condamnation à une peine afflictive ou infamante. Vous comprendrez très bien que la loi, qui n'applique qu'à regret la peine de mort, se soit montrée difficile quand il s'agit de l'attacher à la circonstance de la récidive ; elle a voulu que l'inefficacité de la peine perpétuelle eût été démontrée par une première épreuve.

Notre loi actuelle prévoit quatre espèces de récidives :

1° Le condamné à une peine afflictive ou infamante commet un second crime emportant une peine afflictive ou infamante ; c'est le cas de l'art. 56 ;

2° L'agent condamné pour crime, quelle qu'ait été la peine, peine afflictive ou infamante, peine correctionnelle ou même peine réduite aux limites d'une peine de simple police (1), commet un délit ; c'est le cas de l'article 57 ;

3° L'agent condamné, pour un premier délit, à une

(1) En cas de concours d'une excuse légale et de circonstances atténuantes.

peine de plus d'une année d'emprisonnement, commet un second délit; c'est le cas de l'art. 58;

4° L'agent condamné pour une première contravention commet, dans les douze mois suivant la condamnation, une seconde contravention, et il la commet dans le ressort du tribunal qui a jugé la première; c'est le cas de l'art. 483.

La loi semble avoir laissé en dehors de ses prévisions un grand nombre d'hypothèses de récidive.

Je vous indique d'abord les hypothèses dans lesquelles tout le monde reconnaît qu'il n'y a pas lieu à aggravation.

L'agent, déjà condamné pour contravention, commet un délit ou un crime, ou, *vice versa*, l'agent, condamné pour crime ou pour délit, commet une contravention. Il n'y a aucun lien entre les deux infractions, aucun rapport entre une faute d'omission ou de négligence et une violation intentionnelle d'une prescription assez importante pour être sanctionnée soit par des peines correctionnelles, soit par des peines afflictives ou infamantes.

Voici des hypothèses plus difficiles :

1° L'agent, condamné pour délit à plus d'une année d'emprisonnement, commet un crime passible d'une peine afflictive ou infamante. Comment n'y aurait-il pas lieu, *à fortiori*, à une aggravation de peine ? L'aggravation serait attachée à un second délit. Ici la perversité ne survit pas seulement, elle est en progrès.

Cependant la loi est muette, et son silence se jus-

tifie parfaitement : le passage d'une classe de peine à une autre classe donne assez de moyens d'aggraver le sort du récidiviste.

2° L'agent, condamné pour délit à un emprisonnement de plus d'une année, commet un crime qui, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, n'entraîne qu'une peine correctionnelle ; l'art. 58 est-il applicable à ce cas ? Non, dans sa lettre, au moins ; l'art. 58 exige, en effet, un nouveau délit, et l'admission des circonstances atténuantes ne change pas la qualification de l'infraction, ne métamorphose pas le crime en délit. Mais l'esprit de l'art. 58 n'impose-t-il pas au moins l'aggravation ? Le juge, sans le secours de cet article, n'aurait à sa disposition qu'une peine de la classe de celle dont l'impuissance a déjà été éprouvée. La doctrine s'est montrée touchée de cet argument (1).

La Cour de cassation a été moins sévère dans un arrêt du 2 juin 1842 (2), et je crois que sa solution est celle de la loi. Le jury, en admettant des circonstances atténuantes, a jugé que la récidive n'était pas, dans l'espèce, un témoignage d'un redoublement de perversité. Il y avait dans la loi une aggravation à sa disposition, et il l'a volontairement écartée.

3° L'agent, condamné pour délit à un emprisonne-

(1) M. Molinier, n° 16 du premier article sur la récidive, *Revue critique* 1851, p. 60. M. Molinier, deuxième article sur la récidive, n° 7, *Revue critique*, année 1851, p. 430.

(2) Dev. 42—1—653.

ment de plus d'une année, commet un crime qui, à raison de l'admission d'une excuse, n'emporte qu'une peine correctionnelle : c'est, si l'on veut, un meurtre provoqué par des coups ou violences graves envers les personnes ; aux termes de l'art. 326, Code pénal, la peine est une peine d'emprisonnement ; ou bien un mineur de seize ans, déjà condamné pour délit, commet un crime qui, à raison de l'excuse de l'âge, n'est également puni que d'une peine correctionnelle (art. 67, Code pénal) ; l'art. 58 ne sera-t-il pas applicable ?

Dans ce cas on ne peut pas dire que le juge, en déclarant des circonstances atténuantes, a répudié l'aggravation que lui offrait la loi : le juge n'était pas libre de méconnaître la cause de l'excuse. N'est-ce pas là, dans le sens de la loi, la récidive de délit à délit ?

Vous savez que le crime excusable reste un crime, que l'excuse ne change pas la qualification du fait : on n'est donc pas dans les termes de l'art. 58 qui exige un second délit ; on n'est pas non plus dans les termes de l'art. 57, qui veut que la première condamnation ait été une condamnation pour crime. — Mais n'y aura-t-il pas quelque chose de bien anormal, pourra-t-on dire, à traiter le crime excusable plus favorablement qu'un délit ? — Je réponds : n'y aurait-il pas quelque chose de plus anormal encore à traiter moins favorablement le crime excusable que le crime non excusable ? Or, l'agent qui a été condamné d'abord pour *délit* à plus d'une année d'emprisonnement

sonnement, n'encourt aucune aggravation lorsqu'il commet un crime non excusable. Ce point semble aujourd'hui unanimement reconnu : c'est, dit-on, parce que la loi a compté sur l'aggravation qui résultait du changement de classe des peines. Soit ; telle a été la pensée de la loi ; mais on comprend très bien que, ce principe une fois adopté, elle ne voulût pas faire exception pour les crimes qu'elle proclamait elle-même dignes d'excuse.

4° L'agent déjà condamné pour crime à une peine correctionnelle, à raison de l'admission de circonstances atténuantes, commet un second crime qui, à raison encore de l'admission de circonstances atténuantes, n'entraîne qu'une peine correctionnelle. Y a-t-il lieu à aggravation ?

Cette hypothèse ne diffère de notre seconde hypothèse qu'en ce que la première condamnation a été prononcée pour *crime*, tandis que, dans la seconde hypothèse, elle avait été prononcée pour *délit* ; mais il s'agit toujours, dans la quatrième comme dans la seconde, de savoir si le fait qualifié crime doit être assimilé au délit dans le sens de la récidive, quand il n'est puni que d'une peine correctionnelle.

La Cour de cassation a adopté la négative dans la seconde hypothèse et l'affirmative dans la quatrième (1). Elle s'est fondée, dans ce dernier sens, sur l'art. 57 du Code pénal. Il est bien vrai que la première condition de cet article est remplie, à savoir

(1) Cass. 28 août 1845. — Devillen. 46—1—63.

l'existence d'une précédente condamnation pour crime; la loi n'exige pas, dans l'art. 57, quoique de savants jurisconsultes aient soutenu le contraire, une première condamnation à une peine afflictive ou infamante (1). Mais la seconde condition manque : la seconde infraction n'est pas un délit ; on ne saurait trop le répéter, l'admission des circonstances atténuantes ne convertit pas le crime en délit. La Cour de cassation a reconnu ce principe dans de nombreux arrêts (2). Et c'est bien pour cela que, dans l'arrêt du 2 juin 1842, elle refusait d'appliquer l'aggravation de l'art. 58 au condamné, pour *délit*, à plus d'une année d'emprisonnement, qui commettait un crime que les circonstances atténuantes dérobaient à l'application d'une peine afflictive ou infamante.

La dernière solution de la Cour de cassation a été vivement critiquée ; on a dit : l'article applicable n'était pas l'art. 57 ; l'aggravation devait être puisée dans l'art. 58, et c'est ce qu'avait décidé la Cour d'assises, dont la théorie était préférable à celle de la Cour suprême (3).

Je crois qu'aucun de ces deux articles n'était applicable. D'abord l'art. 58, puisqu'il exige la suc-

(1) *Théor. du Code pén.*, t. I^{er}, p. 312 à 315, 3^e édition.— M. Rauter, t. I^{er}, p. 304, à la note.

(2) Cass. 8 mars 1838.—3 décembre 1840.—Duvill. 38—1—804; 41—1—669.

(3) M. Devilleneuve, note sur l'arrêt du 28 août 1845. M. Molinier approuve l'arrêt.—*Rev. crit.*, 1851, p. 57 à 60.

cession de deux *délits*, et que dans l'espèce il y a succession de deux *crimes* : aucune des deux conditions de la loi ne se réalise ; l'art. 57 est, à tout prendre, plus favorable à la doctrine de la Cour de cassation : la première condition de cet article est accomplie, la condamnation pour crime ; seulement, pour qu'il y eût lieu à aggravation, il faudrait que la seconde infraction fût un *délit*.

Un criminaliste qui a jeté beaucoup de jour sur ces questions de récidive (1), a proposé, sur les art. 57 et 58, une théorie qui offre au moins de l'unité ; il suppose que dans ces deux articles la loi subordonne l'aggravation à une seule condition, à la condition que la seconde infraction constitue un *fait de nature à être puni correctionnellement*.

Mais la terminologie de ces deux articles me semble combattre ce système ; la loi donne toujours à la seconde infraction la qualification de *délit*.

5° L'agent condamné à une peine afflictive ou infamante commet un second crime ; à raison de circonstances atténuantes, il n'encourt qu'une peine correctionnelle ; sera-t-il toujours passible de l'aggravation pour récidive ?

Pour calculer l'effet des circonstances atténuantes, il faudra commencer par déterminer la peine que, à raison de la récidive, et dans les termes de l'art. 56 du Code pénal, l'agent a encourue, pour ensuite appliquer l'abaissement obligatoire d'un degré, et, s'il

(1) M. Molinier, *Rev. crit.* 1851, p. 430 à 432.

y a lieu, l'abaissement facultatif d'un second degré (1).

Que si la peine entraînée par la récidive était la peine des travaux forcés à temps, que la Cour d'assises ne se contentât pas de l'abaissement obligatoire, et que, par l'abaissement facultatif, elle arrivât à une peine correctionnelle, pourrait-elle, conformément aux art. 57 et 58, élever l'emprisonnement au dessus du maximum de cinq années ?

Non, l'application de l'art. 56 exclut l'application des art. 57 et 58 ; autrement on ferait subir deux fois au condamné l'aggravation pour récidive (2).

Que si l'admission des circonstances atténuantes conduisait forcément à l'application d'une peine correctionnelle, parce que, par exemple, le second crime était puni de la dégradation civique, peine remplacée par le bannissement à raison de la récidive, comme l'une et l'autre peine se convertissent, d'après l'art. 463, § 4, en un emprisonnement dont le minimum est d'un an, faudrait-il encore décider que le juge ne pourrait dépasser le maximum, qu'il n'aurait pas la faculté de le porter au double ?

On a dit non, et on a pensé qu'il s'agissait d'appliquer, non plus l'art. 56, mais l'art. 57. Il n'y a pas deux degrés d'abaissement, l'un obligatoire, l'autre facultatif, puisque de la peine du bannissement on ne

(1) *Sic*, Cass. 31 janvier 1845.—Devill. 45—1—624.

(2) *Sic*, Cass. 8 janvier 1848.—Devill. ; 48—1—120.—
M. Molinier, *Rev. crit.* 1851, p. 53 et 54, n° 9.

peut redescendre à la peine de la dégradation civique. L'art. 463 ayant placé la réclusion, la détention, le bannissement et la dégradation civique sur la même ligne, il n'y aurait pas d'aggravation possible par suite de la récidive.

Je crois, malgré ces arguments, que l'art. 57 est inapplicable : on a tenu compte de la récidive en élevant la peine de la dégradation civique au bannissement ; il est vrai que l'admission des circonstances atténuantes rend cette élévation d'un degré illusoire ; mais l'art. 463 ne renvoie pas pour ce cas à l'art. 57 ; il se réfère uniquement à l'art. 401, c'est-à-dire à un emprisonnement d'un an à cinq ans (1).

6° L'agent a été condamné, pour un premier crime, au renvoi sous la surveillance de la haute police, dans un des cas d'excuse prévus aux art. 100, 108, 138 et 144 ; il commet ultérieurement un second crime ; y aura-t-il lieu à aggravation en vertu de l'art. 56 ?

Non, la condition de l'application de cet article, c'est une condamnation à une peine afflictive ou infamante ; le renvoi sous la surveillance de la haute police est une peine commune aux matières criminelles et aux matières correctionnelles (art. 11) ; mais il n'est pas une peine afflictive ou infamante parce qu'il est appliqué aux matières criminelles (art. 7 et 8 du Code pén.). Si la seconde infraction était, non pas un crime, mais un délit, l'art. 57

(1) *Contrà*, M. Molinier, *Rev. crit.* 1851, pag. 56, n° 11.

devrait recevoir son application, puisque la précédente condamnation serait une condamnation pour crime. C'est sans doute une anomalie dans la loi, puisque le délit, dans cette hypothèse, entraîne une aggravation que n'entraîne pas le crime.

Au reste, sur tous ces points la doctrine et la jurisprudence ont beaucoup à faire ; il reste de nombreuses difficultés à élucider, et, parmi les solutions que je propose, il y en a que je n'adopte qu'avec une grande hésitation.

L'impossibilité de faire concourir, même par ordre de succession, l'exécution de certaines peines conduit, en matière de récidive, à des résultats qui ne sont pas sans quelque analogie avec les résultats auxquels aboutit le principe du *non cumul des peines*.

Un agent condamné contradictoirement à la peine des travaux forcés à perpétuité s'évade ; il commet un second crime qui emporte la peine de la réclusion, que la récidive convertit en peine des travaux forcés à temps ; cette dernière peine ne pourra s'exécuter et se confondra nécessairement avec la première peine. Cependant elle devra être prononcée. Pourquoi ? C'est que la peine des travaux forcés à perpétuité pourrait être effacée par un acte de la puissance souveraine ou par une révision (1).

Si le second crime eût été antérieur à la première condamnation, la peine la plus faible eût-elle dû être prononcée quand la peine la plus forte l'avait

(1) Cass. 17 mars 1848, Devill. 48-1-528.

été, et cela sous le prétexte de la possibilité d'une remise par grâce ou d'une révision ? C'est encore là une des faces sous lesquelles le principe du non cumul n'a pas été étudié (1). Ce point est bien grave ; mais il est étranger à nos questions de récidive.

Dans les hypothèses prévues par les art. 57 et 58 du Code pénal, la récidive impose l'application du maximum et permet de l'élever jusqu'au double : si la loi prononce deux peines cumulativement, le maximum des deux peines devra-t-il être appliqué ? Oui, si les deux peines sont obligatoires : *quid* si l'une des peines est obligatoire et l'autre facultative ?

On a dit : le juge peut se dispenser de prononcer la peine facultative ; mais s'il la prononce, il doit la porter au maximum.

Je n'admets pas la dernière partie de la solution ; il m'est difficile de croire que le juge qui est maître d'écarter la peine facultative pour le tout ne puisse pas l'écarter pour partie (2).

L'effet des circonstances atténuantes, dans les hypothèses prévues par les art. 57 et 58, est nettement précisé par le § 8 de l'art. 463 Code pén. *Même en cas de récidive*, les juges ont la faculté de réduire l'emprisonnement au-dessous de six jours

(1) La Cour de Cassation, dans l'arrêt du 17 mars 1848, semble supposer que la solution serait contraire si l'art. 365 Cod. inst. crim. était applicable.

(2) *Contrà*, M. Molinier, *Rev. crit.*, 1851, page 438, n° 22.

et l'amende même au-dessous de seize francs ; ils peuvent prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, et même substituer l'amende à l'emprisonnement.

En matière de contraventions, la récidive rend la peine d'emprisonnement obligatoire (art. 474, 478 et 482, Code pénal). Le récidiviste ne peut être affranchi de cette peine qu'en cas d'admission de circonstances atténuantes (art. 483, Code pénal).

L'art. 634 du Code d'instruction criminelle déclarait que le condamné pour récidive ne serait jamais admis à la réhabilitation. Or, comme la loi n'admettait la réhabilitation qu'en matière de peines criminelles, cet article était étranger aux récidivistes condamnés en vertu des art. 57 et 58 : il ne pouvait s'appliquer qu'aux condamnés pour récidive en vertu de l'art. 56.

L'art. 634 se référait évidemment à cet art. 56 ; il n'était pas édicté contre les agents qui, après avoir été condamnés pour délit, auraient commis un crime. En effet, comme on l'a judicieusement fait observer, la première condamnation, dans ce cas, n'influe en rien sur la peine qui doit être appliquée au crime (1). Il n'était pas non plus applicable aux agents qui, après avoir été condamnés pour crime, auraient commis un délit : la peine, en effet, dont les conséquences ne pouvaient être effacées par la réhabilitation, était la peine de la récidive, et non pas la peine de l'infraction primaire.

(1) Voir Legraverend, *Législ. crim.*, t. II, p. 608.

La nouvelle loi du 3 juillet 1852, sur la réhabilitation, a remplacé l'art. 634 du Code d'instruction criminelle, par une disposition ainsi conçue :

« Aucun individu, *condamné pour crime*, qui aura
« commis un second crime et subi une nouvelle con-
« damnation à une peine afflictive ou infamante, ne
« sera admis à la réhabilitation. »

Cette loi a étendu le bénéfice de la réhabilitation aux condamnés correctionnels : les récidivistes, condamnés en vertu des art. 57 et 58, peuvent donc être réhabilités ; mais l'article 634 a été singulièrement aggravé, puisque la nouvelle rédaction refuse la réhabilitation aux *condamnés pour crime*, quelle que soit la peine qu'ils aient encourue, ne fût-ce qu'une peine correctionnelle, qui commettent un second crime puni d'une peine afflictive ou infamante.

Le système de la loi du 5 juillet 1852 soulève de sérieuses objections. Le condamné pour crime à une peine correctionnelle n'encourt pas l'aggravation de l'art. 56 ; il n'encourt même, suivant moi, aucune aggravation ; il n'est puni qu'à raison de sa seconde infraction en elle-même, et nullement à raison de la récidive. Pourquoi donc le priver du bénéfice de la réhabilitation ?

La loi du 5 juillet 1852 fait revivre la théorie qui prévalait avant la réforme du 28 avril 1832 ; elle semble s'être référée à l'art. 56 du Code pénal de 1810, et non à l'art. 56 révisé. Vous vous rappelez, en effet, que l'ancienne rédaction de l'art. 56 exigeait, non une première *condamnation à une peine afflictive ou in-*

famante, mais seulement une condamnation pour crime.

Le nouvel art. 634 n'est donc pas en harmonie avec les principes sur la récidive ; c'est une disposition anormale.

Je vous ai dit que la récidive légale supposait nécessairement l'irrévocabilité d'une première condamnation avant la seconde infraction : c'est là une condition commune à la récidive des art. 56, 57 et 58.

Une condamnation émanée d'un tribunal étranger remplirait-elle la condition ?

Un savant criminaliste italien a dit oui : l'aggravation attachée à la récidive est un supplément d'expiation, non pas pour la première infraction, mais pour la seconde infraction, qui revêt un caractère plus grave, à raison des habitudes de l'agent. Il ne s'agit donc pas de punir, et de punir après coup, une infraction commise à l'étranger ; on n'a pas à craindre d'excéder les limites de la souveraineté. Ce n'est pas non plus se charger de l'exécution d'un jugement rendu à l'étranger ; que ce jugement ait été ou n'ait pas été exécuté, c'est une question indifférente ; la condamnation à l'étranger n'est considérée que comme un fait ; c'est un antécédent de l'agent, et voilà tout ; l'application de l'aggravation pour récidive ne suppose pas la vérification de la légitimité de la première condamnation : les nationaux et surtout les étrangers qui se sont déjà rendus coupables de crimes à l'étranger, et qui ont été condamnés pour ces crimes par les juridictions étrangères, sont des agents d'autant plus dangereux

que leur passé n'est pas toujours connu. Or, quand ce passé est constaté, qu'il est établi que des condamnations précédentes, remplissant toutes les conditions exigées par la loi, ont été des avertissements inefficaces, pourquoi la souveraineté, qui procède à la répression nouvelle, abdiquerait-elle les moyens dont elle userait contre l'agent qui aurait été antérieurement condamné en son nom ?

Ces arguments ont de la gravité ; toutefois je ne pense pas qu'ils doivent prévaloir : l'agent, condamné à l'étranger, qui commet depuis sa condamnation une infraction en France, ne dément pas la présomption que la pénalité, attachée à chaque infraction par la loi française, est, en général au moins, suffisante pour faire respecter les prescriptions de cette loi. L'agent a convaincu d'impuissance, si l'on veut, la pénalité étrangère ; mais la pénalité française est sauve, son autorité n'est pas ébranlée. Voilà la raison théorique. Dans la pratique, d'ailleurs, que de difficultés s'il fallait comparer entre elles les classifications d'infractions et de pénalités dans la loi étrangère, et les classifications d'infractions et de pénalités dans la loi française (1) !

La condamnation prononcée sous l'empire d'une loi ancienne à une peine afflictive ou infamante, pour un fait que la loi nouvelle aurait dépouillé de son ca-

(1) Voir, en sens contraire, une brillante dissertation de Nicolini, pages 66 à 101 de la Traduction. — Dans notre sens, MM. Faustin-Hélie et Chauveau, t. I^{er}, p. 309, 3^e édition.

ractère de crime, donnerait-elle lieu à l'application de l'art. 56 ?

Pourquoi non ? L'agent aurait subi sous la loi ancienne une pénalité plus forte que celle que lui eût infligé la loi nouvelle, et il n'a pas tenu compte de cette pénalité jugée trop sévère ! A cette nature exceptionnelle, il faut appliquer le supplément exceptionnel de peine.

Les condamnations par contumace et par défaut, quand elles sont devenues irrévocables, ont, sous le rapport de la récidive, le même effet que les condamnations contradictoires.

Les condamnations qui n'ont pas reçu leur exécution, soit par l'effet de la grâce, soit par l'effet de la prescription, ou dont la réhabilitation a fait cesser les effets pour l'avenir, donnent lieu à l'application de l'aggravation pour récidive, quand l'agent d'ailleurs remplit les autres conditions des art. 56, 57 et 58.

La condamnation prononcée par un Tribunal militaire ou maritime, en cas de crime ou de délit postérieur, peut-elle servir de base à l'aggravation de peine pour récidive ?

La question est résolue par le § final de l'art. 56, au moins pour cet article : oui, si la première condamnation a été prononcée pour des cas punissables d'après les lois pénales ordinaires.

Le dernier § de l'art. 56 domine les art. 57 et 58 : l'art. 57, lorsque l'agent a été condamné, pour un *crime* punissable, en vertu de la loi pénale ordinaire, par un tribunal militaire ou maritime et qu'il com-

coupable, et plus coupable souvent, que l'exécuteur de l'acte matériel : la résolution et le fait matériel étant les deux éléments du délit, celui qui est lié par un lien de cause à effet à l'un de ces deux éléments, quel qu'il soit, est *auteur principal*, il n'est pas un *complice*.

C'est là la théorie qu'un illustre écrivain, M. Rossi, a proposée aux législateurs.

Cette théorie, dont l'éminent publiciste ne s'est pas lui-même dissimulé les inconvénients politiques, est-elle juridique ?

Que l'agent moral ait toujours une criminalité *subjective* égale, et souvent supérieure, à la criminalité *subjective* de l'agent physique, je le reconnais pleinement. Mais la loi répressive n'atteint pas, pour elle-même, la criminalité *subjective*.—Les résolutions perverses, si fermes, si opiniâtres qu'elles aient été, se dérobent en général à la pénalité, tant qu'elles ne se sont pas traduites en faits, tant que la criminalité *objective* n'a pas éclaté.

De quoi s'agit-il donc ? De punir, dans l'instigateur, un élément qui, en lui-même, n'était pas punissable, un élément qui ne tombe sous la prise du châtiment que par son association à un autre élément qui, lui, a été plus qu'une raison d'alarmes, a abouti à un préjudice social, ou s'est produit, au moins, dans des conditions de nature à réaliser ce préjudice.

Le provocateur, l'ordonnateur, le mandant sont donc punis pour des faits qui, en eux-mêmes, ne sont pas des infractions punissables ; ils sont punis pour l'œuvre d'autrui.

On objecte que la résolution étant l'un des deux éléments du crime, l'ordonnateur et l'exécuteur sont au moins de moitié dans le crime.

On oublie que, pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que l'exécuteur n'eût été qu'un pur outil, qu'il ne fût, dans l'infraction, que pour l'élément matériel, que sa volonté y eût été absolument étrangère. Or cette hypothèse ne se réaliserait qu'autant qu'on aurait conduit le bras de l'exécuteur, qu'on l'aurait mis en mouvement par une véritable contrainte physique, et alors le mandant serait son mandataire à lui-même : il serait, de cette fois, un auteur principal, parce qu'il aurait mis la main à l'œuvre, parce qu'il serait lié par le lien de cause à l'infraction. Mais quand, et c'est le cas le plus ordinaire, le provocateur reste à l'écart, quand il se cache, quand matériellement il n'est pour rien dans l'exécution, il a trouvé non seulement un bras, mais une volonté, une volonté peut-être non éclairée, une volonté peut-être irresponsable, mais une volonté sur laquelle il a pesé, cette volonté fût-elle la volonté d'un enfant ou d'un fou ; de ce que, par exception, l'exécuteur pourra échapper à l'imputation, il faut se garder de conclure que l'instigateur sera puni pour son fait, à lui, il sera puni pour le fait d'autrui, à raison du lien intellectuel de la complicité, à raison d'un événement dont il sera bien, si l'on veut, la cause morale, mais dont il ne sera pas la cause juridique : il ne sera pas un codélinquant (1).

(1) *Contrà*, M. Rossi, t. III, p. 13 à 49. — MM. Chauveau et

punissable : j'ai examiné quelles étaient les causes exclusives ou modificatives de l'imputation. Mais plusieurs agents peuvent s'être associés pour la violation de la loi : s'ils ont tous participé directement, immédiatement à l'infraction, ils sont tous *auteurs principaux* ou *coauteurs* ; ce que j'ai dit de l'agent, *auteur* du fait punissable, s'applique aux *coauteurs*.

Mais la loi ne se borne pas, et ne doit pas se borner, à réprimer la participation directe, immédiate à l'infraction ; elle punit, et doit punir, la participation secondaire, l'association au but coupable, n'eût-elle fourni son contingent qu'en secours, qu'en éléments accessoires, du moment que le résultat criminel qu'elle a préparé, facilité, protégé, s'est produit ou a pu se produire grâce, peut-être, aux encouragements et à l'assistance qu'il a obtenus.

Les agents dont la participation n'a été que secondaire et accessoire s'appellent des *complices*. Dans l'acception large du mot, des *coauteurs*, des *codélinquants* sont des *complices*, puisqu'ils sont des associés ; mais, dans l'acception juridique, les *complices* sont des agents dont la participation à l'infraction n'a pas été assez directe pour qu'ils puissent être considérés comme *coauteurs*. Ils ne sont pas étrangers à l'infraction ; ils l'ont couverte de leur patronage, lui sont venus en aide ; ils ont essayé de sauvegarder ses auteurs ; mais, à proprement parler, ils ne l'ont pas faite.

Le lien qui unit *l'auteur*, exclusif ou principal, à une infraction, c'est le lien de cause à effet ; le *coau-*

teur est lié à l'infraction par le même lien, bien que ce lien puisse avoir moins d'énergie et d'intensité. Le lien qui unit le *complice* à l'infraction n'est pas, lui, un lien de cause à effet ; c'est un lien indirect, médiat ; l'œuvre du *complice* a consisté dans des faits accessoires qui ne sont pas, par eux-mêmes, constitutifs de l'infraction, mais qui l'ont excitée, favorisée, avec l'intention qu'elle s'accomplît. Considérés en eux-mêmes et isolément de l'infraction à laquelle ils se rattachent, ils ne seraient pas punissables ; ils sont, en effet, extrinsèques à l'infraction et ne la constituent pas ; ils ne deviennent punissables que par le résultat auquel ils ont servi, par la part d'influence qu'ils ont exercée.

Voilà des principes dont la formule peut varier, mais sur lesquels, au fond, on est à peu près d'accord. Les difficultés et les controverses ne surgissent que lorsqu'on veut arriver à l'application.

L'agent qui provoque au crime, qui le commande ou qui donne mandat de le commettre, et paie l'exécuteur, l'agent, en un mot, qui trouve un bras pour l'accomplissement de sa résolution, à lui, est-il auteur principal, *coauteur* de l'agent, son instrument, ou n'est-il que le *complice* de cet agent ?

L'agent moral et l'agent physique, dit-on, doivent être placés sur la même ligne ; ils sont des *codélinquants*. La participation morale, quand elle est directe, quand elle est la vraie cause impulsive, ne saurait être regardée comme une participation accessoire : l'auteur de la résolution criminelle est toujours aussi

met ensuite un délit ; l'art. 58, quand l'agent, condamné par la juridiction militaire ou maritime à plus d'une année d'emprisonnement, pour un *délit* punissable en vertu de la loi pénale ordinaire, commet un second délit.

Ce paragraphe parle, en effet, non seulement des *crimes*, mais des *délits* ; il eût été, ce semble, mieux placé à la suite de toutes les dispositions qui concernent la récidive.

C'est au juge chargé de l'application de la peine, et non au juge du fait, qu'appartient le droit de statuer sur l'existence de la récidive ; la jurisprudence et la doctrine ont considéré qu'il s'agissait d'un élément extrinsèque à l'infraction, d'une qualité de l'agent, qui appelait une répression plus forte, mais qui ne se rattachait pas au fait.

DIX-HUITIÈME LEÇON.

COMPLICITÉ: degrés dans l'association à l'infraction.—Participation directe, immédiate à la violation de la loi. Participation indirecte, médiate, secondaire à cette violation.—Différence entre les *coauteurs* ou *codélinquants* et les *complices*.—Caractères essentiels des faits de *complicité*.—Droit rationnel.—L'ordonnateur du crime doit-il être considéré comme auteur principal, comme *coauteur* de l'*agent d'exécution*?—Dissidence sur ce point avec les théories en crédit.—Pourquoi la résolution et les actes préparatoires, qui ne sont pas punis, en général, chez l'*agent principal*, sont-ils punis chez l'*agent secondaire*?—Pourquoi le *complice* doit-il bénéficier du désistement de l'*agent d'exécution*?—Le *complice* est-il responsable de toutes les chances attachées à l'exécution de l'infraction?—Distinctions.—Dissidence avec des auteurs graves.—Le désistement du complice avant la consommation de l'infraction l'abrite-t-il contre la pénalité?—N'est-il efficace qu'à la condition d'avoir été notifié à l'agent d'exécution?—Discussion.—Rejet d'une solution trop absolue.—Le désistement postérieur à l'accomplissement de l'infraction serait sans valeur.—Les faits postérieurs à l'infraction peuvent-ils être considérés comme des faits de complicité?—Le complice et l'auteur principal doivent-ils être punis du même genre de peine?—Historique de la complicité.—Loi Romaine: Trois complicités: complicité *réelle*, complicité *présumée*, complicité *spéciale*—Quelques questions résolues par la loi romaine.—Lois barbares.—Ancien Droit.—Loi des 19—22 juillet 1791.—Code pénal des 25 septembre—6 octobre 1791.—Code de 1810.—Trois complicités: complicité *réelle*, complicité *présumée*, complicité *résultant de faits postérieurs à l'infraction, recel*.—Questions diverses.—Définition *limitative* des faits de complicité.—Conséquence.—Les faits élémentaires de la participation comme *coauteur* ne sont pas définis.—Conséquence.

MESSIEURS,

Je n'ai, jusqu'ici, mis en présence de la loi et de la pénalité que l'agent auteur du fait ou de la tentative

J'insiste sur cette observation, parce que, d'une part, elle est de nature à défendre notre loi contre des critiques qu'on a peut-être trop multipliées, et que, d'ailleurs, elle est de nature à bien vous faire comprendre la différence qui existe, et que j'ai toujours signalée, entre la *justice morale* et la *justice sociale*. L'auteur d'une résolution criminelle qui la fait partager à son instrument, tandis qu'il ne s'associe pas à l'exécution, ne pourrait être juridiquement puni, à titre d'*auteur principal*, qu'autant que la société, en principe, voudrait frapper la volonté arrêtée lorsqu'elle aurait des moyens de constater son existence. Or tel n'est pas le principe de notre Droit pénal.

La loi, en général, ne punit pas la résolution, l'acte préparatoire ; pourquoi les punit-elle chez l'agent qui, dans notre terminologie, n'est qu'un *agent secondaire* ?

La loi punit la résolution et l'acte préparatoire chez l'*agent principal*, quand ces éléments ne restent pas isolés, quand ils sont suivis d'une infraction ou même d'une tentative qui n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur ; elle doit également les punir chez l'*agent secondaire*, sous les mêmes conditions, quand l'infraction a été commise ou tentée. L'*agent secondaire*, en effet, a contribué à la violation du commandement

social ; son concours, pour être moins direct, n'est guère moins dangereux.

De ce que le complice supporte la responsabilité d'un fait qui, légalement, n'est pas le sien, qu'il est seulement réputé avoir voulu s'approprier, il suit qu'il profite du désistement de l'agent d'exécution, d'une bonne pensée, d'une pensée de repentir ou d'une pensée même de crainte à laquelle il ne s'est pas associé (1). Que l'inexécution soit ou ne soit pas pour lui un mécompte, une déception, elle lui profite et le dérobera à la pénalité. Mais par contre ne doit-il pas courir toutes les chances attachées à l'exécution ?

Oh ! sans doute, s'il n'a voulu qu'un vol, il ne sera pas responsable d'un meurtre ; s'il n'a commandé qu'un enlèvement, il ne sera pas responsable d'un viol (2) ; mais ne sera-t-il pas responsable des moyens employés à l'accomplissement du but final, par exemple, de l'escalade, de l'effraction qui auront été commises pour la perpétration du vol ?

Oui, il les a prévus ou a dû les prévoir, par cela seul qu'ils sont en rapport avec le but. La loi doit présumer qu'il a donné une sorte de blanc-seing à l'agent

(1) L'ordonnateur du crime, s'il était considéré comme un *coauteur*, ne devrait être affranchi de pénalité qu'à la condition que le désistement lui serait personnel. — La conséquence serait qu'une résolution, dont l'accomplissement n'aurait pas même été tenté, tomberait sous la répression sociale. C'est dans ce dernier sens que la question est tranchée par les art. 58 et 81 du Code de Bavière.

(2) *Sic*, Faustin-Hélie et Chauveau, t. I^{er}, p. 391 et 392.

leçon (1), et j'ai adopté un moyen terme entre l'indulgence et la sévérité de certains criminalistes qui m'ont paru l'une et l'autre excessives. Quand le but final a été atteint, on doit se montrer plus que difficile sur l'efficacité du désistement de l'agent ; aussi je me garde bien de condamner la solution ; je dis seulement qu'elle est peut-être trop absolue.

L'objection, d'ailleurs, présente comme identiques des situations qui offrent de sérieuses différences : le complice, après tout, pour nous, n'est qu'un agent secondaire ; l'exécuteur est l'agent principal ; sa volonté aurait pu survivre à celle du complice. S'il ne faut pas présumer le désistement du complice, il ne faut pas non plus présumer contre le complice, quand son désistement est établi, que son désistement eût été tout-puissant, qu'il eût prévenu l'infraction, s'il eût été connu à temps, et cela, pour arriver à lui faire supporter la responsabilité d'une œuvre qu'il a désavouée autant qu'il était en lui.

Je comprends très bien que les criminalistes qui font du provocateur un *agent principal*, et qui considèrent qu'il supporte la responsabilité d'un fait qui est surtout le sien, soient arrivés à une solution contraire : la différence des deux points de départ explique la différence des deux solutions.

Remarquez bien que, dans tous les cas, il faudra que le désaveu du complice et ses efforts pour lui assurer effet soient antérieurs à la perpétration de l'in-

(1) Voir *supra*, p. 223.

fraction ; car, si la volonté criminelle a coexisté avec le fait matériel, la participation, quoique secondaire, ayant duré jusqu'au dénouement, ne saurait être affranchie de pénalité.

Les faits postérieurs à la consommation de l'infraction, faits d'adhésion, de protection, d'*auxiliation*, peuvent-ils être considérés comme des faits de complicité ?

Non, ils ne sauraient être considérés que comme des infractions spéciales : ils n'ont pas pu contribuer à l'*accomplissement d'un fait accompli*. Toutefois, il en serait autrement si ces faits avaient été promis avant l'infraction, parce qu'alors ils auraient pu exercer de l'influence sur sa réalisation, et qu'ils ne seraient que la conséquence d'un lien antérieur à elle ; la loi peut, dans certains cas et à certaines conditions, présumer que les faits d'*auxiliation* ont été expressément ou tacitement promis.

Le complice et l'auteur principal doivent-ils être punis du même genre de peine ?

Je serais porté à admettre que le complice ne doit être puni que d'une peine inférieure à la peine qui menace l'auteur principal : la criminalité *subjective* du complice peut sans doute être plus grande que celle de l'agent principal ; mais la justice sociale est surtout chargée de la répression de la criminalité *objective*, et c'est la criminalité *objective* que la loi frappe, et chez l'agent principal, et chez l'agent secondaire.

La loi romaine admettait trois sortes de complicités :

Cette solution me semble bien rigoureuse : qu'on dise que la présomption est contre le complice, que c'est à lui qu'il incombe d'établir qu'il a eu la volonté d'empêcher l'accomplissement du crime, une volonté sérieuse, active, une volonté sincère qui s'est traduite en efforts pour avertir ou la victime désignée ou la police, je le veux ; on doit même se montrer très difficile sur la preuve. Une volonté qui se serait renfermée en elle-même et qui n'aurait pris soin que de se constater, de se ménager des preuves, ressemblerait à une précaution, et elle serait justement suspecte. Mais si le complice a agi, s'il a pu surtout avoir raisonnablement l'espérance d'agir à temps, l'accident qui aura trompé ses espérances, la précipitation mise par l'agent d'exécution, l'impossibilité fortuite de le rencontrer, de lui donner un salutaire avertissement, tout cela ne saurait paralyser les conséquences d'un véritable retour au bien et donner à la société le droit de punir une complicité qui pourrait n'être qu'une monstrueuse fiction.

On fait une grave objection, pourtant, et on l'a merveilleusement traduite : « C'est, a-t-on dit, le
« cas de l'homme qui, après avoir mis le poison à la
« portée de celui qu'il veut empoisonner et s'être éloi-
« gné, saisi de repentir, revient précipitamment sur
« ses pas pour empêcher la consommation du crime
« et trouve que la potion fatale a déjà porté la mort
« dans les entrailles de la victime. Le mourant peut
« lui pardonner ; la justice ne lui pardonne pas (1). »

(1) M. Rossi, t. III, p. 37.

D'abord, cette objection ne dit pas si elle suppose que le repentir de l'agent ne s'est produit qu'après l'accomplissement du but final ; avec cette supposition, sa solution serait à l'abri de tout débat ; le repentir serait un repentir sans influence sur l'imputation, puisqu'il serait essentiellement un repentir stérile et inefficace : *quod factum est infectum manere impossibile est*, dit l'axiome. Que si elle suppose que le repentir a précédé l'accomplissement du but final, et que seulement il n'a pas trouvé de moyens suffisants de salut, elle a le tort, pour résoudre une question difficile, d'argumenter d'une question qui n'est pas elle-même sans difficulté.

Est-il vrai que toujours, et sans condition aucune, le fait d'avoir mis le poison à la portée de celui qu'on voulait empoisonner, constitue soit la tentative, soit le crime d'empoisonnement ? N'est-ce pas là une question de fait et d'appréciation subordonnée à beaucoup d'éléments, et, notamment à l'intervalle qui devait s'écouler entre le dépôt du poison et l'emploi qui devait en être fait, à la possibilité sur laquelle l'agent pouvait légitimement compter de paralyser à temps ce qu'il avait commencé et de conjurer tout danger, si, dans la lutte, l'idée du bien venait à reprendre le dessus sur l'idée du mal ?

S'il n'y avait pas eu d'empoisonnement, le dépôt du poison ne serait-il pas, tantôt seulement un acte préparatoire, tantôt, et le plus souvent, je le reconnais, une tentative ? Je me suis déjà expliqué sur cette question, je l'ai abordée dans ma neuvième

ou aux agents d'exécution : le complice ne pourrait écarter la responsabilité de la circonstance aggravante qu'autant qu'il prouverait que le moyen mis en œuvre a été expressément exclu par lui. A défaut de cette preuve, il reste sous le coup d'une présomption que l'intérêt social commande, et qui, d'ailleurs, n'a rien de contraire aux idées de justice. L'agent qui reste en dehors de l'exécution serait vraiment de trop bonne condition s'il devait recueillir le profit de tout ce que les circonstances et les exigences de la position pourraient imposer à l'homme d'action, s'il n'encourait que les chances heureuses et restait étranger à toutes les chances mauvaises : ce serait un fâcheux encouragement aux criminels qui se cachent, et qui sont souvent les criminels les plus dangereux, que de placer la société dans l'obligation de leur prouver que leur volonté a été adéquate aux actes d'exécution (1).

Je n'irais cependant pas jusqu'à dire que si l'agent chargé de l'exécution du vol avait, accessoirement au vol, commis un meurtre, le complice, contre lequel la société n'établirait que l'existence d'une participation accessoire au vol, devrait être responsable du meurtre. Ici il s'agit, non plus d'une circonstance aggravante de l'infraction qui a été le but, mais d'une infraction plus grave ; et, bien que cette infraction n'ait été qu'un moyen, il convient de présumer

(1) *Contrà*, M. Rossi, t. III, p. 41. MM. Chauveau et Hélie ne sont pas très explicites sur ce point; ils semblent cependant partager l'opinion de M. Rossi.

favorablement que ce moyen eût été exclu par le complice, s'il eût pu le prévoir. Ce ne serait qu'autant que le meurtre, dès le principe, aurait dû apparaître comme une nécessité du vol que le complice devrait en subir la responsabilité ; mais la présomption, loin d'être contre lui, serait pour lui (1).

Le complice, ai-je dit, bénéficie et doit bénéficier du repentir de l'agent d'exécution : que décider si l'exécution s'opère à une époque où le complice avait cessé de vouloir l'infraction, et où il eût voulu mettre tout en œuvre pour en prévenir la réalisation ?

On fait une distinction ; on dit : si le désistement du complice a été révélé à l'agent d'exécution, c'est un désaveu anticipé qui décharge de la responsabilité de l'acte, puisque la complicité n'existait plus au moment où cet acte s'est accompli ; que si l'exécuteur n'a pas connu le changement de volonté, tant pis pour le complice ; il ne s'est pas repenti à temps, puisqu'il n'a pas pu parvenir à faire partager son repentir comme il avait fait partager sa résolution (2).

(1) L'art. 80 du Code pénal de Bavière est plus sévère que notre doctrine ; il ne paraît pas faire notre distinction :

« Si le prévenu de complicité prétend n'avoir voulu donner assistance qu'à un crime moins grave que celui commis par l'auteur principal, ce moyen de défense sera rejeté, à moins que le complice ne prouve avoir exclusivement promis son concours à l'auteur principal pour un crime d'une gravité inférieure à celle du crime commis. Dans ce cas seulement, la peine devra être appliquée au complice en raison du crime auquel il avait l'intention de prêter assistance. »

(2) M. Rossi, t. III, p. 36 et 37.

1° la complicité *réelle* ; 2° la complicité *présumée* ; 3° une complicité *spéciale*, résultant, pour une infraction spéciale, pour le vol, de faits postérieurs, du fait de recéler la chose volée.

La complicité *réelle* résultait de provocations réunissant certaines conditions, ou de l'assistance fournie avant ou pendant la consommation de l'infraction.

Toute provocation n'était pas un fait de complicité : ainsi, la provocation dont l'effet n'était pas, en quelque sorte, assuré par un abus d'autorité ou par un autre moyen, don, promesse, menace, n'était pas punissable (L. 37, pr. ff., *ad legem aquiliam*.— L. 17. § 7. ff., *de injuriis*). Le simple conseil n'était pas par lui même un fait de complicité (L. 36, ff., *de furtis*). Je cite ce texte, parce qu'il me semble très propre à bien mettre en lumière l'idée romaine : « *Qui servo persuasit ut fugeret, fur non est; nec enim*
« *qui alicui malum consilium dedit, furtum facit,*
« *non magis, quam si ei persuasit, ut se præcipitaret,*
« *aut manus sibi inferret.* » Toutefois, cette loi n'est pas décisive : en effet, la solution peut s'expliquer, non seulement par la considération que le simple conseil n'est pas un fait de complicité, mais aussi par la considération qu'il n'y a pas de vol.

Si l'esclave qui fuit vole la chose de son maître, il est tout à la fois le voleur et la chose volée ; mais le texte ajoute : « *Sed si alius ei fugam persuaserit,*
« *ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is, qui per-*
« *suasit, quasi ope consiliove ejus furtum factum sit.* »

Pourquoi ici le conseil est-il un fait de complicité ? C'est que le conseil n'a pas été donné au voleur, mais a été, pour le voleur, un secours. Un homme engage un tiers à suivre une certaine route dans laquelle il sait que des voleurs l'attendent; ce conseil est un fait de complicité, car il est un piège pour la victime. Le § 11, *Inst.* liv. IV, tit. I, de *obligat. quæ ex delict.*, est d'ailleurs précis : « *Certe*
« *qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit,*
« *sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad*
« *furtum faciendum, non tenetur furti.* »

La loi 56, § 4, ff., de *furtis*, fournit des exemples d'assistance avant le crime : « *Qui ferramenta sciens*
« *comodaverit ad effringendum ostium, etc.* »

La loi 11, § 1, ff., ad *leg. Aquil.*, fournit un exemple d'assistance pendant le crime : « *Si alius*
« *tenuit, alius interemit, etc.* »

J'arrive à la complicité fictive ou présumée : je la trouve dans la L. 1, Cod. de *his qui latrones* : « *Eos,*
« *qui secum alieni criminis reos occultando eum*
« *eamve sociarunt, par ipsos et reos poena expectet.* »

La complicité spéciale, résultant des faits postérieurs à l'accomplissement du crime, est établie dans les LL. 1 et 2, ff. De *receptatoribus* : « *Pessimum*
« *genus receptatorum, sine quibus latere diu nemo*
« *potest, et præcipitur, ut perinde puniantur, atque*
« *latrones.* »

La loi romaine donnait la raison sur laquelle elle fondait cette complicité résultant d'une assistance après coup : elle voyait dans le recel une sorte de con-

tinuation du vol : « *Crimen non dissimile est rapere,*
« *et ei, qui rapuit, raptam rem scientem delictum*
« *servare.* » (L. 9, Cod. *ad leg. Jul. de vi.*)

Vous voyez que la même pénalité atteignait le complice et l'auteur principal.

Le complice subissait-il l'aggravation de pénalité résultant de la qualité personnelle de l'auteur principal, quand cette qualité réagissait sur le caractère du fait ?

Oui : « *Et ait Marcianus : etiam conscios eadem*
« *pœna afficiendos, non solum parricidas.* » (L. 6, ff. *De leg. Pomp. de parricid.*)

Le complice bénéficiait-il de la qualité personnelle de l'auteur principal, quand cette qualité n'atténuait pas, ne modifiait pas à son égard le caractère du fait auquel il participait ?

Non : « *Item placuit eum, qui filio, vel servo, vel*
« *uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri,*
« *quamvis ipsi furti actione non convenientur.* »
(LL. 36, § 1 et 53 pr., et § 1, ff., *de furtis.*)

Les lois barbares prévoyaient la complicité : la complicité matérielle, concourant à l'exécution, et la complicité intellectuelle, qui se cachait, mais qui excitait et qui payait. Elles punissaient notamment le louage pour le crime (*elocationem*) : le mandant était puni plus sévèrement que le mandataire ; quelquefois même le mandant subissait seul la peine ; c'était une peine pécuniaire. Ainsi, en cas de vol simple, l'agent d'exécution n'était pas puni ; l'amende de soixante-trois sous n'était due que par le mandant.

Si le mandataire, dont on n'avait loué les services que pour un vol, avait attenté à la vie du propriétaire qu'il voulait dépouiller, il supportait seul la responsabilité de cet excès de mandat (1).

Les lois punissaient, comme complice, l'agent qui avait servi d'intermédiaire entre l'agent d'exécution et l'agent auquel appartenait la résolution ; elles contenaient des distinctions bizarres, mais curieuses, en cas de complicité de meurtre ; mais ces distinctions n'ont pas, pour nous, d'intérêt juridique.

Notre ancien Droit s'appropriâ les idées romaines ; il admit cependant plus facilement la provocation comme fait de complicité : en général, il punit le complice de la même peine que les auteurs principaux (2).

Ce principe toutefois comportait des exceptions ; les auteurs faisaient d'assez nombreuses distinctions. Je ne veux appeler votre attention que sur deux points : 1° sur le mandat pour commettre le crime ; 2° sur l'approbation *ex post facto* et la ratification d'un crime commis par un tiers.

1° Le mandant n'était pas responsable de l'excès de mandat, à moins que cet excès ne fût une suite naturelle ou probable de l'acte prescrit ; le désiste-

(1) Loi salique, titre XXVIII.

(2) Voir notamment : *Etablissements de saint Louis*, liv. I^{er}, § 32. — Ordonn. de 1670, tit. XVI, art. 4. — Jousse, *Justice criminelle*, t. I^{er}, part. I^{re}, tit. II, p. 20 à 35. — Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. I^{er}, tit. II, p. 6 à 10.

ment du mandant ne l'affranchissait pas de la responsabilité, si ce désistement n'était pas notifié au mandataire avant l'exécution ; dans les grands crimes, la révocation du mandat ne déchargeait pas de toute peine, alors même qu'elle était arrivée à temps ;

2° La ratification équivalait à complicité : mais pourquoi ? Parce qu'elle élevait une présomption, considérée comme une preuve, que le crime avait été provoqué, que l'acte approuvé avait été demandé.

La loi des 19-22 juillet 1791 ne contient aucune disposition sur la complicité en matière de délits et de contraventions : cependant, cette loi, dans son article 42, suppose que les complices seront punissables.

Le Code pénal des 25 septembre — 6 octobre 1791 reproduisit les principes de la loi romaine : il admit la complicité *réelle*, la complicité résultant de la provocation fortifiée par dons, promesses, ordres ou menaces, et du secours avant ou pendant l'infraction (2° partie, art. 1^{er} du titre III) : il admit la complicité *spéciale*, résultant de faits postérieurs à la perpétration du vol, c'est-à-dire la complicité résultant de la réception gratuite ou de l'achat des effets volés, avec la connaissance que ces effets provenaient d'un vol (2° partie, art. 3 du titre III) : la même peine frappait l'auteur principal et le complice ; et vous savez que les peines étaient inflexibles, qu'il n'y avait pas de *minimum* et de *maximum*.

La jurisprudence appliqua aux délits les dispositions de la loi pour les crimes.

Le Code de 1810 a formulé les règles générales sur la complicité dans les art. 59, 60, 61, 62 et 63. Je n'analyse pas ces articles, parce que la loi du 28 avril 1832 n'a modifié que l'art. 63, dans une disposition que je vous ferai suffisamment connaître en indiquant le résultat de la révision.

La loi française reconnaît, *en matière de crimes et de délits*, trois espèces de complicité : 1° la *complicité vraie*, réelle, prévue par l'art. 60 du Code pénal ; 2° la *complicité présumée*, prévue par l'art. 61 ; 3° la *complicité spéciale* résultant de faits postérieurs à la consommation du crime ou du délit, prévue par l'article 62. Ce sont les trois espèces de complicité prévues par la loi romaine.

La *complicité vraie* peut résulter de quatre causes : première cause, provocation au crime ou au délit quand elle réunit certaines conditions ; seconde cause, fait d'avoir fourni des moyens moraux pour commettre le crime ou le délit ; troisième cause, fait d'avoir fourni des moyens matériels pour commettre le crime ou le délit ; quatrième cause, fait d'avoir aidé ou assisté personnellement les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé ce crime ou ce délit.

Première cause : Toute provocation au crime ou au délit n'est pas un fait de complicité légale. Le conseil, le mandat même de commettre un crime, ce conseil et ce mandat eussent-ils été suivis d'effet, ne tombent pas par eux-mêmes sous le coup de la loi pénale ; ils ne sont punissables qu'autant, ou qu'ils éma-

nent d'une personne ayant de l'autorité sur l'agent, par exemple, d'un père, d'un maître, d'un supérieur hiérarchique ; ou que ce conseil et ce mandat ont été accompagnés de dons, de promesses, de menaces, de machinations ou artifices coupables qui en ont singulièrement modifié l'efficacité : la loi ne suppose pas au simple conseil et au mandat gratuit assez d'influence, assez d'action, pour les punir.

La seconde cause de complicité résulte du fait d'avoir fourni des moyens moraux de commettre le crime ou le délit : les moyens moraux consistent dans des instructions, par exemple, dans l'indication de la distribution de la maison où le crime doit se commettre, dans l'indication de l'heure où cette maison sera sans surveillance et sans défense. Ces instructions ont un caractère de précision et de danger que n'ont pas les simples conseils et les mandats gratuits ; aussi ces instructions n'ont-elles pas besoin d'être appuyées par l'abus d'autorité et de pouvoir, ou d'être accompagnées de dons, promesses, menaces, machinations ou artifices coupables.

La troisième cause de complicité consiste dans le fait d'avoir fourni les moyens matériels pour commettre le crime, avec la connaissance qu'ils devaient servir à son accomplissement, dans le fait, par exemple, d'avoir fourni le poison, les fausses clefs, l'échelle, instruments de l'infraction.

La quatrième cause de complicité résulte de faits de participation personnelle aux actes qui ont, ou préparé, ou facilité, ou consommé le crime : le fait

d'avoir essayé si, de tel point à tel point, une balle porterait, voilà un fait préparatoire; le fait d'avoir tenu l'échelle pendant que le voleur escaladait, voilà un fait qui facilitait le vol; le fait d'avoir reçu dans la rue les effets volés que le voleur jetait de la fenêtre, voilà un fait d'assistance personnelle à l'acte qui consommait le vol.

Celui qui tient la victime et l'empêche de se défendre pendant qu'un assassin l'égorge, est-il coauteur ou seulement complice du meurtre?

La question n'est pas, vous le verrez, tout-à-fait sans importance dans notre Droit. Je crois qu'il est *coauteur*, il participe directement au fait constitutif du meurtre. Je m'écarte de la solution de la loi romaine.

Tous les faits qui rentrent dans ces quatre causes de complicité sont des faits positifs; des faits négatifs pourraient avoir un grand caractère d'immoralité, ils ne seraient pas toutefois des faits de complicité légale. Ainsi la non-révélation d'un crime ou d'un projet de crime ne saurait, en principe, constituer la complicité; ainsi celui qui n'empêche pas un vol ou un assassinat, qu'il pourrait empêcher, n'est pas un complice (1).

Mais celui qui fait le guet, qui est en sentinelle, pour avertir s'il survient quelque obstacle, bien qu'il n'ait pas donné d'avertissement et soit resté dans l'inaction absolue, n'en est pas moins un complice: il n'a pas agi, soit; il était là pour agir.

(1) *Sic*, Cass. 16 décembre 1852, Dev. 53—1—143.

Seconde espèce de complicité : la *complicité présumée*. Ceux qui, connaissant la conduite de malfaiteurs exerçant des brigandages contre la sûreté de l'Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, sont réputés complices de ces malfaiteurs. Ils facilitent, en effet, non pas tel ou tel crime, mais les crimes en général de ces malfaiteurs.

Cette complicité est subordonnée à deux conditions : il faut d'abord avoir connu que les agents auxquels on fournissait le logement ou le lieu de retraite exerçaient les brigandages ou les violences prévues par l'art. 61 ; la possibilité de soupçons ne suffirait pas : il faut de plus que l'hospitalité, qui leur a été donnée, soit une hospitalité, non pas accidentelle, mais habituelle.

Faut-il qu'il y ait habitude de fournir l'hospitalité à la bande entière ou, au moins, à une de ses divisions, ou suffit-il qu'il y ait habitude de fournir le logement, le lieu de retraite à un des membres de la bande ?

L'art. 268 du Code pénal semblerait appuyer le premier système ; il est pourtant tout à fait étranger à notre question. Vous devez rapprocher cet article de l'article 265 qui considère que l'association de malfaiteurs est, par elle-même, un crime et la punit, alors même que les associés ne sont encore convaincus d'aucun crime. Eh bien ! l'art. 268 répute complices du crime d'association ceux qui reçoivent, qui four-

nissent logement, retraite ou lieu de réunion, à la bande ou à l'une de ses divisions. La complicité de l'art. 61 est la complicité, non du crime d'association, mais des crimes qu'ont commis les malfaiteurs, par suite de leur association ; aussi la loi n'exige-t-elle pas qu'il y ait eu logement fourni à la bande ou à l'une de ses divisions.

Troisième espèce de complicité : C'est la *complicité spéciale* résultant de faits postérieurs à l'accomplissement de l'infraction, c'est le recel des produits du crime ou du délit avec connaissance de leur origine.

Le recel, s'il n'a pas été promis avant le vol, n'a ni excité ni facilité le vol : il n'a pu exercer aucune action sur un fait consommé. La loi a cependant considéré qu'un lien indirect, médiat, rattachait le rec-leur au vol ; la loi, d'ailleurs, sans regarder le vol comme un crime continu, pour l'auteur de la soustraction, a pu admettre que le recéleur continuait, lui, le vol, en retenant la chose du propriétaire dépouillé.

Je vous ai fait connaître les éléments constitutifs de la complicité : les dispositions qui les énumèrent sont essentiellement limitatives. Les faits de participation indirecte, médiate à l'infraction, qui sont en dehors des termes de la loi, ne sauraient être punis, si, considérés isolément, ils ne sont pas punissables. Aussi le juge du fait, qui reconnaît et proclame la complicité, doit-il constater l'existence des circonstances élémentaires auxquelles la loi attache l'association à la responsabilité de l'infraction d'autrui. La

loi ne déterminant pas le caractère des faits constitutifs de la participation des *coauteurs*, l'énonciation et l'affirmation des circonstances constitutives de cette criminalité directe ne sont pas indispensables (1).

Il me reste examiner à quelles conditions la complicité est punissable et de quelle peine elle est passible : j'expliquerai ces deux points dans ma prochaine leçon.

(1) Cass., 31 juillet 1818 (Sir. 19—1—116).



DIX-NEUVIÈME LEÇON.

A quelles conditions la complicité peut-elle être punie ?—Nécessité de l'existence d'un fait ou d'une tentative punissable.—Crime.—Délit --La complicité est-elle admise en matière de contravention ? — Le complice peut être puni, bien que l'auteur principal soit absent, inconnu ou acquitté.—*Quid*, si l'agent principal est irresponsable à raison de son âge ou de son état de démence ? — La complicité du suicide est-elle punissable ? — Le complice profite-t-il de l'immunité que l'agent d'exécution puise dans l'art. 380 du Code pénal ?—Dissidence avec la jurisprudence.—*Quid* du coauteur ?—Crimes commis à l'étranger.—Les faits de complicité commis en France sont-ils punissables ?—Hypothèse inverse. — Crimes commis en France.—Faits de complicité à l'étranger.—Distinction.—Le complice est étranger.—Il n'est pas punissable par la loi française.—Le complice est Français.—Faut-il distinguer le cas où le crime a été commis en France, au préjudice d'un Français, et le cas où il a été commis au préjudice d'un étranger ?—Discussion.—De quelle peine les faits de complicité sont-ils punissables ?—Sens des mots : *de la même peine que les auteurs mêmes du crime ou du délit*.—Pourquoi le complice est-il puni à raison de la circonstance aggravante de l'infraction qu'il n'a pas connue ?—Réponse aux critiques.—Observations de M. Target.—Passage extrait de l'ouvrage de M. Rossi.—Appréciation.—Exceptions en matière de recel.—Le complice est-il passible de l'aggravation résultant d'une qualité personnelle à l'auteur de l'infraction ? — Dissidence avec quelques auteurs.—La qualité de l'auteur principal réagit-elle sur le coauteur ? — *Quid*, si la qualité aggravante de l'auteur principal a été ignorée du complice ? — Dissidence avec un auteur.—Condition de la réaction.—Pourquoi le complice ne subit-il pas l'aggravation résultant de la récidive de l'agent d'exécution ?—La qualité personnelle du complice est-elle une cause d'aggravation de la pénalité ? — Distinction. — Le complice bénéficie-t-il des excuses qui protègent l'agent d'exécution ?

MESSIEURS,

Je n'ai pu embrasser dans une seule leçon toutes les explications qu'appelle la matière si importante

de la complicité. J'ai cependant écarté les questions de détail, les difficultés qui ne mettent pas en jeu les principes capitaux, et je ne vous ai nullement entretenus des exceptions que les règles générales comportent.

J'ai encore, vous vous le rappelez, deux questions à examiner : 1° à quelles conditions la complicité est-elle punissable ?

2° De quelle peine la complicité est-elle punissable ?

Première question : à quelles conditions la complicité est-elle punissable ?

Pour que les faits constitutifs de la complicité légale soient punissables, il faut qu'il y ait un crime ou un délit auquel ils se rattachent. Ils ne sont pas, en effet, punissables par eux-mêmes et ils empruntent leur criminalité légale au crime ou au délit dont ils ont préparé, facilité ou secondé la consommation. Toutefois, il n'est pas nécessaire, pour la complicité en matière de crime, que le crime ait été accompli ; il suffit qu'il y ait eu tentative de crime n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Il en est de même, en matière de complicité de délit, lorsque, par exception, la tentative de délit est punissable.

Les faits de complicité d'une simple contravention ne sont pas, en général, atteints par la loi pénale : le fait principal a paru avoir trop peu d'importance pour que la société sévît contre les faits accessoires ; toutefois, ce n'est là qu'une règle générale qui comporte

des exceptions, mais ces exceptions ne peuvent résulter que d'un texte exprès de la loi.

Je vous ai dit que les faits de complicité n'étaient punissables qu'autant qu'il y avait crime ou délit ; mais la punition de la complicité n'est pas subordonnée à la condition que le crime ou le délit soit puni. Peu importerait que l'auteur principal du crime ou du délit fût absent ou inconnu, du moment où le fait punissable serait constaté.

Le complice pourrait-il être poursuivi si la poursuite était devenue impossible contre l'auteur principal, à cause de son décès ? Oui ; vainement on objecterait l'art. 2 du Code d'instruction criminelle, qui déclare l'action publique éteinte par la mort de l'agent. Cet article signifie que le crime ou le délit ne peut, au point de vue pénal, être imputé à l'agent qui n'est plus là pour se défendre et qui ne relève plus de la justice sociale ; mais l'art. 2 ne dit pas que l'existence du crime ou du délit ne pourra être vérifiée.

Le complice pourrait être condamné, malgré l'acquiescement de l'agent accusé comme auteur principal : l'acquiescement ne suppose pas nécessairement qu'il n'y a pas eu de crime ou de délit ; il suppose seulement que l'accusé principal n'est pas l'auteur de ce crime ou de ce délit, ou qu'au moins il n'avait pas d'intention coupable (1).

Cette solution devrait-elle être appliquée au cas

(1) Cass. 5 mars 1841 et 27 juin 1846. — Devill. 41—1—198 ; 46 —1—799.

où l'agent principal aurait été déclaré irresponsable à raison de son âge ou de son état de démence ?

Certainement : il y a un fait punissable ; de ce que ce fait n'est pas réputé l'œuvre d'un agent libre et responsable, comment conclurait-on que celui qui a abusé d'une volonté inintelligente et qui l'a égarée serait, pour cela, exempt de responsabilité (1) ?

La complicité du suicide tombe-t-elle sous la répression sociale ?

Il semble qu'on puisse nous dire : vous amnistiez l'auteur principal comme fou ; punissez le complice qui, lui, est présumé jouir de sa raison.

J'ai rapproché à dessein ces deux hypothèses pour les différencier. La présomption de folie qui protège le suicide est exclusive, non pas seulement de pénalité, mais d'incrimination : la loi n'a pas rangé le suicide au nombre des faits punissables ; or, le complice étant puni, non pour son fait, à lui, mais pour le fait d'autrui auquel il s'est associé, ne peut être frappé pour un fait que la loi ne défendait pas à peine d'un châtiment social.

Remarquez bien que le tiers qui est venu en aide à l'homme qui s'est suicidé, ne se dérobe à la peine qu'autant que ses faits, à lui, ne rentrent dans aucune incrimination légale, que, considérés en eux-mêmes, ils ne sont pas déclarés punissables ; si donc

(1) Dalloz, *Répertoire*, v^o *Complicité*, n^o 54 ; voir les autorités qu'il cite.

le tiers n'avait pas seulement encouragé, préparé ou facilité le suicide, mais s'il avait concouru à son accomplissement, il serait un coauteur punissable, ou de la peine du meurtre, ou de la peine des coups et blessures (1).

Les soustractions commises par le mari au préjudice de sa femme et, *vice versa*, par la femme au préjudice de son mari, ou par des descendants au préjudice de leurs ascendants et *vice versa*, sont exemptes de toutes peines : c'est la disposition de l'art. 380 du Code pénal. Le dernier § de cet article déclare que les tiers qui auraient recélé ou *appliqué à leur profit* les objets volés seront punis comme coupables de vol. De cette disposition on a conclu que le fait n'était pas punissable et que la complicité de l'art. 60 du Code pénal n'entraînerait elle-même l'application d'aucune peine. La Cour de cassation, dans un arrêt du 15 avril 1825, et dans les motifs d'un arrêt du 24 mars 1838 (2), a énoncé que la disposition finale et spéciale de l'art. 380 excluait la complicité générale. Mais cette Cour juge que le coauteur de l'agent qui bénéficie de l'immunité de l'art. 380, n'est pas associé à cette immunité (3).

Quel est le caractère de l'immunité de l'art. 380 ?

(1) Cass. 27 avril 1815. Sir. 15—1—317.—Rapprocher de cet arrêt l'arrêt du 2 août 1816.—Sir. 16—1—308.—*Sic*, Dalloz, *Rép. V^o Complicité*, n^o 62.

(2) Sir. 26—1—252 et 38—1—999.

(3) Cass. 25 mars 1845. Devill. 45—1—290. Il faut lire un très beau réquisitoire de M. Dupin, dont les conclusions ont été

Est-ce une immunité *réelle* ou *personnelle*? S'attache-t-elle au fait ou à l'agent?

Elle est *réelle*, si elle est fondée sur l'idée qu'il y a, entre parents et alliés au degré indiqué par cet article, une sorte de copropriété collective qui ne repose précisément sur aucune tête, mais qui a un gérant. Elle est *personnelle*, si elle est uniquement fondée sur ce que, dans un intérêt de dignité de famille et presque de moralité sociale, la loi défend que, pour un intérêt pécuniaire, un époux puisse attirer sur son épouse, une épouse sur son époux, un fils sur son père, une pénalité peut-être afflictive et infamante.

La constitution de la famille française n'a jamais comporté l'idée de la copropriété romaine. Cette idée a bien pu se présenter à l'esprit des commentateurs comme motif accessoire d'une immunité qu'ils faisaient découler principalement de *l'honnêteté publique*; mais la preuve qu'ils n'entendaient pas affranchir de pénalité, à l'aide de cette considération, la soustraction, c'est qu'ils admettaient la poursuite, l'action publique contre les complices (1). Donc le fait était un

adoptées en ce qui concerne le coauteur: le savant jurisconsulte combat la doctrine des arrêts de 1825 et de 1838.— Voir aussi une dissertation de M. Faustin-Hélie, qui étend l'immunité de l'art. 380, non seulement aux complices, mais encore aux coauteurs, sous la restriction du § final de cet article, *Rev. de législat.* 1845, t. II, page 90.— Voir, dans notre sens, Boitard, 12^e leçon, n^o 163, *in fine*.

(1) Voir Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. III, titre VI, ch. I, § 9, p. 284.

fait punissable : l'immunité n'avait aucun caractère de réalité.

A-t-elle pris un autre caractère dans notre Code ?

Oui, a-t-on dit, car l'exposé des motifs déclare que les rapports entre les époux, entre les ascendants et les descendants, sont *trop intimes* pour qu'il ne soit pas extrêmement dangereux qu'une accusation puisse être poursuivie dans des affaires où la ligne qui sépare le manque de délicatesse du véritable délit est souvent très difficile à saisir.

Je l'admets : il y a deux motifs à l'immunité : un motif principal, un motif de pudeur publique ; un motif accessoire, l'illusion que l'intimité des relations a pu produire chez les auteurs de l'action, sur son caractère. Le motif accessoire eût été insuffisant pour affranchir de la loi pénale ; il est d'ailleurs sans force à l'égard des étrangers.

La disposition finale de l'art. 380 fournit non pas un argument *à contrario*, mais un argument *à fortiori*.

La loi punit l'étranger qui recèle ou qui *applique à son profit*, en tout ou en partie, des objets volés.

Or le recel n'est pas une véritable complicité ; c'est une complicité *sui generis*. Et aussi la loi se montre-t-elle moins sévère contre cette complicité spéciale que contre la complicité ordinaire : l'*application à son profit* d'une chose volée, quand elle n'est pas un recel, n'est même pas punie, d'après le droit commun. Comment la complicité ordinaire, celle qui se traduit en provocations au vol, en provocations par dons ou par menaces, échapperait-elle à la peine, parce que

ces provocations se seraient adressées à un agent couvert d'une immunité ?

La théorie que je combats se console ou s'enhardit par l'idée qu'elle n'abrite pas les complices qui ont cédé à un intérêt personnel, qui ont agi pour leur compte, et cela, parce que les complices intéressés tomberont sous la disposition finale de l'art. 380 ; du moment, dit-on, où ils *appliqueront à leur profit* le produit, en tout ou en partie, des choses volées, ils seront légalement coupables, et la pénalité les atteindra.

Cette idée n'est, je le crois, qu'une illusion : si le but final n'est pas accompli, si la tentative manque son effet par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent d'exécution, les provocateurs étrangers ne seront-ils pas affranchis de l'action répressive ? Supposez même que le vol a été consommé : les provocateurs étrangers, les ordonnateurs du crime, ceux qui l'ont salarié, ou imposé, ou soutenu, en fournissant des moyens préparatoires, dans une pensée de lucre personnel, n'ont pas encore eu le temps de tirer profit du vol, de se saisir de son produit ; ils ne l'ont pas donc *appliqué* à leur bénéfice singulier : la complicité spéciale de l'art. 380 n'existe pas ; voilà l'impunité assurée si l'on répudie le secours de l'art. 60 du Code pénal. Il n'en serait autrement qu'autant qu'on se résoudrait (ce qui est vraiment inadmissible) à punir la tentative de complicité spéciale.

On objecte que le vœu de la loi a été de protéger l'union de la famille, de jeter un voile sur ses désordres intérieurs, et qu'autoriser la poursuite du

complice ou du coauteur de l'époux ou du parent, c'est publier une honte à laquelle le secret a été promis. — Est-ce que la poursuite du complice par recel ou par *application à son profit* des choses volées n'a pas les mêmes résultats ? Pourquoi la honte de l'infacteur, divulguée dans le cas de complicité spéciale, serait-elle nécessairement voilée dans les cas de complicité ordinaire ? Renversez l'hypothèse et supposez que, dans le vol, l'agent d'exécution soit un étranger, et le complice le parent ou l'époux du propriétaire dépouillé, ne reconnaissez-vous pas le caractère de *personnalité* de l'immunité, en exemptant le complice de toute peine en vertu de l'art. 380 du Code pénal, bien que, dans cette hypothèse, il y ait incontestablement un fait punissable ?

Je serais donc plus sévère que la jurisprudence, et je punirais l'étranger, non seulement quand il serait coauteur du vol commis par le parent ou par l'époux, mais encore quand il serait complice de ce vol, dans les termes de l'art. 60 du Code pénal.

Je veux examiner avec vous une dernière hypothèse pour bien vous faire comprendre l'étendue et les limites du principe que le complice est puni pour le fait d'autrui et ne peut, par conséquent, être puni qu'autant qu'il y a un fait punissable : un crime est commis à l'étranger, par un étranger, au préjudice d'un Français, ou, si l'on veut, par un Français au préjudice d'un étranger. Il ne s'agit pas d'une des infractions prévues par l'art. 5 du Code d'instruction criminelle : ce crime ne tombe pas sous la prise de

la loi française : les faits de complicité se sont produits en France, ils sont l'œuvre d'étrangers ou même de Français; s'ils étaient punissables pour eux-mêmes, la loi pénale française les atteindrait; mais ils ne sont punissables qu'à raison du fait principal auquel ils se lient, et ce fait principal n'est pas punissable en France (1).

Ce point ne fait pas de difficulté; mais l'hypothèse contraire, sur laquelle je ne connais aucun document, offre, à mes yeux, une difficulté très grave : le crime a été commis en France, mais les faits de complicité se sont produits à l'étranger : c'est un meurtre, par exemple, qui a été commis sur le territoire français, ce meurtre a été acheté et le prix en a été payé à l'étranger *par un étranger*.

Il semble que le provocateur sera punissable en France, puisque le complice est puni pour le fait d'autrui, à raison du fait principal, et que le fait principal est susceptible de répression en France.

Je ne crois pas cependant qu'il faille s'arrêter à cette solution : sans doute le complice est puni pour le fait d'autrui, parce que son fait à lui-même, considéré isolément, ne constituerait pas une infraction, une violation de la loi; mais le châtement ne le frappe que parce qu'il s'est associé au fait d'autrui, qu'il y a

(1) Cass., 17 octobre 1834 (Sir., 1835—1—33).—Douai, 23 avril 1849 (Dev. et Car., 1849—2—685). Voir aussi Mangin, *De l'Action publique*, n° 72; et Faustin-Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, t. II, p. 628 et 638.

mis du sien, et qu'en apportant des éléments à lui propres dans l'infraction, il a participé à la violation de la loi : or, si la loi française n'exerce pas de souveraineté à l'étranger sur la conduite de l'étranger, comment sa sanction serait-elle applicable ? La loi qui ne défendait pas le fait principal à l'étranger, peut-elle être réputée avoir défendu le fait accessoire, à raison de sa relation avec le fait qui se produisait en France ?

Quid si la provocation, par achat, au crime commis en France émanait d'un Français, mais avait eu lieu à l'étranger ?

Si la victime était un Français, il faudrait appliquer sans hésitation l'art. 7 du Code d'instruction criminelle : le Français doit compte à la loi française de ses actions à l'étranger quand elles se sont attaquées à des Français : à plus forte raison doit-il compte de sa participation, sur le territoire étranger, à des actions qui se sont commises en France, quand ces actions ont lésé des intérêts français.

L'art. 7 paraît ne plus s'appliquer lorsque la victime du crime commis en France est un étranger. Cependant le crime commis en France, au préjudice d'un étranger, blesse l'intérêt français et est une atteinte flagrante à la loi française. Or, en principe, la loi pénale est une loi *personnelle*, elle pourrait commander au Français, sur le sol étranger, elle lui défend seulement de commettre à l'étranger des crimes contre des Français ; mais elle pourrait et même elle devrait lui défendre de commettre à l'étranger des

crimes au préjudice des étrangers. Est-il raisonnable d'admettre qu'elle n'a pas au moins défendu au Français de s'associer, sur le sol étranger, à des crimes qui seraient commis en France ; qu'elle ne lui a pas défendu d'aller acheter, en dehors des frontières françaises, le vol, l'incendie, le meurtre dont son sol serait le théâtre ?

Remarquez bien que je n'invoque pas l'art. 7 du Code d'instruction criminelle comme une disposition prévoyant textuellement nos hypothèses ; je demande la solution au principe qui a dicté la loi : eh bien ! le caractère de la *personnalité* de la loi pénale n'a pas été, je le reconnais, admis avec toutes ses conséquences ; mais il a été admis, au moins, toutes les fois que la puissance de la loi française était directement engagée, et que l'impunité acquise à sa violation serait un scandale. Ici l'intérêt même de la territorialité de la loi pénale est en jeu. Cet intérêt serait sacrifié si le Français à l'étranger pouvait impunément s'associer aux crimes commis en France. Le complice étranger se dérobe à la répression, soit : c'est que son fait, à l'étranger, ne relève à aucun titre de la loi française.

J'invoque le principe de la *personnalité* de la loi pénale, et non la lettre de l'art. 7 du Code d'instruction criminelle : aussi, dans l'hypothèse où un Français se serait rendu coupable, sur le sol étranger, de complicité d'un crime ou d'un délit commis en France au préjudice d'un Français, je ne subordonnerais pas la poursuite du complice à son retour en France et à la plainte de la partie lésée.

Je ne propose ces solutions qu'avec beaucoup de doutes, et je crains de ne pas me montrer assez fidèle à l'esprit restrictif qui a présidé au maintien du principe de la personnalité de la loi pénale.

Seconde question : De quelle peine les faits de complicité sont-ils punissables ?

De la même peine que les auteurs mêmes du crime ou du délit, répond l'art. 59 du Code pénal.

Il ne faut pas prendre ces expressions trop à la lettre : il n'y a pas, en effet, nécessairement identité de durée dans la peine ; il peut même, à raison de quelque circonstance incommunicable, personnelle, soit à l'agent, soit au complice, ne pas y avoir identité dans la classe de la peine. La loi veut dire seulement qu'il n'y a pas de peine spéciale édictée contre la complicité, que la complicité est placée sur la même ligne que l'infraction ou la tentative punissable.

Lorsque la peine du crime ou du délit est augmentée à raison de circonstances aggravantes, intrinsèques au crime ou au délit, à raison, par exemple, des circonstances d'effraction, de nuit, de fausses clefs, pour le vol, le complice doit subir cette augmentation de peine, bien qu'il n'ait pas participé à ces circonstances, bien qu'il ne soit pas prouvé qu'il les ait connues, bien même qu'il soit prouvé qu'il ne les a pas connues.

M. Target, dans ses *Observations sur le projet du Code criminel*, a donné la vraie raison de cette disposition :

« Quand la peine serait portée à la plus grande

« rigueur, par l'effet des circonstances aggravantes,
« il paraît juste que cet accroissement de sévérité
« frappe tous ceux qui, ayant préparé, aidé ou favo-
« risé le crime, se sont soumis à toutes les chances
« des événements, et ont consenti à toutes les suites
« de ce crime (1). »

Ainsi le complice est puni à raison de la circonstance aggravante, parce qu'il y a présomption *juris* qu'il s'y serait associé s'il l'eût prévue. Je ne crois pas que cette présomption bien limitée mérite les critiques dont elle a été l'objet. (2) Ce n'est pas une présomption *juris et de jure* exclusive de preuve contraire. Si le complice établissait qu'il n'a participé au crime qu'à la condition qu'il ne serait pas accompagné d'une circonstance aggravante, il ne devrait pas supporter la responsabilité de cette circonstance.

M. Rossi a développé sur ce point des idées peut-être difficiles à concilier. Je cite le texte de l'éminent publiciste, parce qu'il contribuera puissamment à vous faire bien comprendre la disposition de la loi et sa véritable portée. En effet, au moment même où M. Rossi méconnaît la conséquence, il met en lumière le principe et sa véritable raison d'existence :
« Quant au choix des moyens, si le mandataire,
« en s'écartant des instructions du commettant, n'a

(1) Première partie, n° XI, 4^e observation.

(2) M. Rossi, tome III, p. 40 et 41. M. de Molènes *De l'humanité dans les lois*, p. 548. Boitard, 11^e leçon, n° 161. Chauveau et Faustin-Hélie, tome I^{er}, p. 428, 3^e édition.

« cependant commis que le crime dont l'exécution
« lui avait été confiée, *sans y ajouter aucune cir-*
« *constance aggravante*, rien n'est changé dans la
« position du mandant ; il est toujours codélinquant,
« que le meurtre ait été le résultat d'un coup d'épée
« ou d'un coup de poignard.

« Si au contraire, par l'emploi de moyens autres
« que ceux qu'on lui avait prescrits, le mandataire
« a changé la nature du délit voulu par le com-
« mettant ; si, au lieu de commettre un vol simple,
« il a trouvé des complices, pris des armes, *choisi*
« *le moyen de l'effraction, de l'escalade, etc.*, le
« mandant ne saurait être responsable de ces cir-
« constances aggravantes, mais uniquement de vol
« simple.

« Quant au but, c'est-à-dire au délit prescrit au
« mandataire,

« Si ce qui est arrivé au delà de la commission
« donnée était un événement facile à prévoir, et qui
« pouvait arriver par la nature même du but pres-
« crit, le mandant est codélinquant pour le tout : il
« ne voulait que le délit de blessure grave ; la mort
« en est résultée ; le mandant subira le sort du
« meurtrier (1). »

Le complice qui ne voulait que la blessure grave est responsable du meurtre, parce que la blessure pouvait aboutir au meurtre, parce que le meurtre était facile à prévoir. Comment donc le complice ne

(1) Rossi, t. III, liv. II, chap xxxvi, p. 40 et 41.

serait-il pas responsable de la circonstance aggravante de l'escalade ou de l'effraction, pour le vol ? Est-ce que le moyen qui favorisait le but, n'était pas aussi facile à prévoir qu'un événement qui pouvait, sans doute, arriver par la nature du but mais qui, après tout, n'était pas commandé par ce but ?

Remarquez que la loi ne dit pas que si la circonstance aggravante avait été exclue par le complice, il en supporterait cependant la responsabilité ; elle dit, ou veut dire seulement, que le complice ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas participé à la circonstance aggravante, ou même ne l'a pas connue, pour se décharger de l'aggravation qu'elle entraîne.

Toutefois, par exception, le recéleur ne supporte l'aggravation résultant des circonstances aggravantes, quand cette aggravation aboutit à la peine des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, qu'autant qu'il les a connues. Il n'est puni, quand il les a ignorées, que de la peine des travaux forcés à temps.

Il ne supporte pas même la responsabilité de la circonstance aggravante qu'il a connue, quand cette circonstance entraîne la peine de mort ; cette peine est remplacée par la peine des travaux forcés à perpétuité. Avant la réforme de 1832, le recéleur pouvait être condamné à la peine de mort s'il avait su, avant le recel, la circonstance à laquelle la loi attachait cette peine ; s'il n'avait pas connu la circonstance aggravante, la peine de mort était remplacée, comme la peine des travaux forcés à perpétuité et la peine de la déportation, par la peine des travaux forcés à temps.

On s'explique très bien ces exceptions pour une complicité improprement dite, pour la complicité spéciale résultant du recel. M. Target, dans ses *Observations sur le projet de Code criminel*, en avait indiqué la nécessité (1). Loin d'infirmer le principe, elles le confirment.

Le complice est-il passible de l'aggravation de peine qui résulte d'une qualité personnelle à l'auteur du crime ou du délit? Un homme fournit des instruments pour commettre un meurtre, ou des substances pour commettre un empoisonnement; l'agent d'exécution est le fils de la victime : le complice supportera-t-il la peine du parricide?

La doctrine, en général, dit non : à l'égard du complice, il n'y a qu'un meurtre ou qu'un empoisonnement ordinaire (2). La jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (3).

Je n'hésite pas à croire que la jurisprudence a raison contre la doctrine : la qualité personnelle de l'auteur du crime constitue une circonstance aggravante,

(1) *Loc. citat.*

(2) Legraverend, tome I^{er}, ch. III, p. 136 et 137. De Molènes, p. 507 à 549. Boitard, 12^e leçon, n^o 163. Chauveau et Hélie, t. I^{er}, p. 428 à 433, 3^e édit. *Contra*, Rauter, n^o 119, *in fine*. Lesellyer, t. II, p. 447, n^o 682.

(3) Cass. 3 décembre 1812, Sir. 13—1—208. Cass. 20 septembre 1827, Sir. 28—1—109. Cass. 23 mars 1843, Dev. et Car. 43—1—544.—Voir les arrêts cités au *Répert.* de M. Dalloz, v^o *Complicité*, ch. II, art. 1^{er}, n^o 36.

inhérente au crime lui-même, parce qu'elle en augmente l'immoralité ; le complice, en participant au crime, s'est associé à son caractère aggravant. On objecte que la qualité de fils est incommunicable au complice : oui, mais elle est, s'il est permis de parler ainsi, communicable au crime ; elle réagit sur lui et lui imprime tout à la fois une qualification spéciale et une nature plus odieuse. Le complice du parricide ne participe pas à un simple meurtre.

Ce que je dis du complice, je le dis du coauteur du parricide ; car, si tout complice n'est pas un coauteur, tout coauteur est nécessairement un complice (1).

Un savant jurisconsulte professe l'opinion que la qualité de l'auteur principal pèse sur le complice et aggrave sa responsabilité, dans le cas même où celui-ci n'a pas connu la qualité aggravante ; le complice d'un assassinat doit subir, dit-il, la peine du parricide, bien qu'il ait ignoré que l'assassin fût le fils de la victime (2).

Je ne crois pas que les principes imposent cette solution : pourquoi le complice subit-il l'aggravation résultant de circonstances *intrinsèques* à l'infraction, bien qu'il n'y ait pas participé et même ne les ait pas connues ? C'est qu'il est *présumé* s'être associé à toutes les chances d'exécution, qu'il les a prévues ou pu prévoir ; je reproduis l'excellent motif donné

(1) Cass. 9 juin 1848, Dev. et Car. 48—1—527. Cass. 24 mars 1853, Dev. et Car. 53—1—452.

(2) M. Rauter, n° 119.

par M. Target, dans ses *Observations*. *Le complice est responsable*, dit M. Rossi, *des événements faciles à prévoir, de ce qui peut arriver par la nature même du but qu'il veut atteindre*. Mais la qualité de l'agent d'exécution n'est pas une éventualité ; c'est un fait ; c'est d'ailleurs, un fait sans rapport avec le but poursuivi, quand le complice a ignoré la qualité du meurtrier.

La qualité de l'agent principal ne peut réagir sur le sort du complice, qu'autant que l'auteur principal a agi sciemment et à dessein de nuire et, par conséquent, est déclaré coupable (1).

Le complice subit-il l'aggravation résultant de la circonstance aggravante de la récidive de l'auteur principal ?

Non, car ici l'aggravation a pour objet de punir une circonstance qui aggrave la position de l'agent sans aggraver le crime : la succession, la répétition des faits criminels est étrangère au complice (2).

La qualité personnelle du complice peut-elle être une cause d'aggravation de la pénalité ?

Cette question est complexe : est-elle une cause d'aggravation pour l'agent principal ? Est-elle une cause d'aggravation pour le complice ?

(1) Cass. 24 décembre 1825. Cass. 20 septembre 1828. Cass. 19 juin 1829. Cass. 22 juillet 1830. Dall., v^o *Complicité*, nos 44, 45 et 51.

(2) Cass. 3 juillet 1806, Dalloz, *Répert.*, v^o *Complicité*, n^o 41.—La doctrine est unanime sur ce point.

C'est un fils, par exemple, qui a fourni sciemment l'arme avec laquelle on devait assassiner son père. La peine du parricide n'atteindra ni le meurtrier étranger, ni le fils qui a préparé le meurtre : les causes aggravantes ne remontent pas du complice à l'auteur principal ; le complice, étant puni à raison du fait d'autrui, et ce fait n'étant qu'un meurtre, ne sera puni que de la peine du meurtre.

Il est bien évident que si le fils était *coauteur*, il serait puni de la peine du parricide, et que sa qualité aggravant le caractère du fait pèserait sur le *coauteur* étranger (1).

Si le complice est un récidiviste, la circonstance de la récidive peut changer la nature de la peine ; il peut encourir une peine d'une classe supérieure à la classe de peine encourue par l'agent principal (2).

Si le complice subit l'aggravation résultant des circonstances aggravantes du fait principal, a-t-il au moins le bénéfice des excuses qui protègent l'agent d'exécution ?

L'auteur principal a l'excuse de l'âge, ou bien, si vous voulez, il a une autre excuse, c'est un mari qui a tué sa femme surprise en flagrant délit d'adultère : l'excuse ne change ni la nature ni même la qualifi-

(1) Voir Cass., 27 avril 1815 ; 23 mars 1827 ; 16 juillet 1835 et 21 mars 1844, Sir. 15—1—414 ; 35—1—895. Dalloz, *Rép.*, v^o *Complicité*, n^o 24 et les arrêts cités en note.

(2) Cassation, 25 février 1819. M. Lesellyer, t. II, p. 470, n^o 694. Dalloz, *Rép.*, v^o *Complicité*, n^o 63.

cation du fait. Dans la première hypothèse, l'excuse de l'âge suppose l'affaiblissement de la présomption de liberté et d'intelligence ; mais la présomption de liberté et d'intelligence subsiste intacte pour le complice au dessus de seize ans. Dans la seconde hypothèse, l'excuse suppose qu'une juste indignation a pu égarer le mari, a paralysé, dans une certaine mesure, l'empire qu'il devait avoir sur lui-même : comment présumer un pareil degré d'indignation chez un étranger ? L'excuse n'est pas plus communicable au complice que la cause d'immunité (1).

(1) Lesellyer, t. II, n° 685.

APPENDICE.

ÉTUDE SUR LE DROIT DE PUNIR.

Qu'est-ce que le Droit pénal ?

Le Droit pénal n'est-il qu'une arme au service d'un intérêt, une machine de guerre, *le droit* du plus fort, si tant est que ce ne soit pas une profanation d'appeler la force un droit ?

Le Code pénal n'est-il, pour rappeler une heureuse expression de M. Thiers, qu'un instrument qui est *sifflet par un bout et fouet par l'autre* ?

En d'autres termes, le pouvoir social, qui, de tous temps, a puni ceux qui violaient ses lois, a-t-il le droit de punir ? S'il est investi de ce droit, à quel titre lui appartient-il ? Est-ce en vertu d'une délégation de Dieu, ou d'une convention humaine ? N'en est-il point saisi, de son chef, et parce que ce droit est inhérent à sa nature de pouvoir ? Quelles sont, en un mot, l'origine et la base de la pénalité ?

Ce n'est pas là une question oiseuse, purement spéculative. Elle domine tout le système pénal ; sa solution importe, non seulement à ceux qui font les

lois positives, mais à ceux qui les interprètent et les appliquent ; aussi a-t-elle préoccupé, et les philosophes, et les publicistes, et les hommes d'Etat, et les jurisconsultes. Dans ces derniers temps, MM. de Broglie, Guizot, Cousin, Rossi, de Rémusat, ne l'ont pas dédaignée.

Cette étude, Beccaria, Rousseau, Mably, Blackstone, Philipps, Romagnosi, Kant, Bentham l'avaient entreprise, et au nombre de leurs illustres devanciers, ils comptaient Platon. La question a traversé les siècles ; elle est toujours pleine d'actualité et de vie. A l'étranger, en Allemagne surtout, elle exerce les meilleurs esprits. En France, pour ne parler que de la littérature juridique, MM. Lermnier, Ortolan, Faustin-Hélie, Chauveau, Rauter, Tissot, etc., l'ont reprise et développée.

Tant que la science n'aura pas dit sur ce point son dernier mot, et elle le fera peut-être attendre longtemps, elle provoquera tous les dévouements, acceptera tous les concours et tiendra compte à ses serviteurs les plus obscurs de ce qu'ils auront essayé de faire pour ses progrès.

A notre sens, on ne s'est pas toujours placé au véritable point de vue pour bien envisager le problème. On a trop, peut-être, cherché la légitimité de la peine en elle-même. La peine a sans doute des conditions de légitimité propre. Mais ses caractères principaux de légitimité sont extérieurs. Elle les emprunte aux lois dont elle a pour but d'assurer l'exécution.

CHAPITRE I^{er}.

La Société, la loi, le pouvoir, la pénalité.

La société, la loi, le pouvoir, la pénalité, voilà des notions qui sont intimement liées ; à vrai dire, elles ne constituent qu'une seule et complexe notion.

Il est impossible d'examiner le fondement du droit de punir, sans étudier le fondement du droit de commander. Le droit de punir n'est, en effet, qu'un accessoire, qu'un instrument du droit de commander et d'imposer l'obéissance.

D'où dérive le droit de commander ? A qui appartient-il ? Quelle est, en un mot, la source de la souveraineté sociale ?

Ces questions si souvent agitées, si peu éclaircies de souveraineté populaire, de droit divin, de souveraineté de la raison se présentent et ne sauraient être écartées.

Pour les résoudre, il faut remonter au fondement de la société, se rendre compte des conditions essentielles de son existence et de son développement. Il y a dans toute cette étude un lien de filiation qu'il faut saisir, et c'est une sorte de tableau généalogique que j'entreprends.

Le fondement de la société est dans la nature et dans la destinée de l'homme.

La société n'est pas un accident, un fait qui pourrait être ou ne pas être ; ce n'est pas un état choisi, adopté, convenu ; c'est un état nécessaire, inévitable qui a commencé avec l'humanité et qui ne doit finir qu'avec elle.

Envisagez l'homme dans sa double nature d'être matériel et d'être moral... interrogez ses instincts, ses besoins, ses tendances, ses aspirations ; ses infirmités, comme ses facultés les plus hautes, le prédestinent à la société.

La société est donc un état naturel ; c'est une vérité qui n'est plus contestée aujourd'hui. Il n'est peut-être pas un homme éclairé qui admette, à cette heure, la préexistence d'un prétendu état extra-social, que les hommes auraient abandonné pour se créer un autre état par le résultat d'une délibération commune, d'une véritable convention, ou par l'usurpation de la force, parvenue à dicter ses volontés comme des lois.

Le système du contrat social est désormais répudié de tous, et cependant il a exercé et exerce encore une funeste influence ; il est la cause, souvent ignorée, d'un grand nombre de préjugés politiques.

Si la société est un état imposé, un état providentiel, toutes les institutions dont la société implique l'existence sont légitimes, parce qu'elles ont la plus décisive des justifications, la nécessité.

L'origine de la société étant reconnue, examinons quelles sont les conditions essentielles de toute société.

Une société est une agrégation plus ou moins nombreuse d'hommes, soutenant ensemble des rapports et constituant une unité, à travers certaines diversités. Dans l'ordre historique, la société a été d'abord, a dû être la famille, puis la tribu, puis la nation...

Toute société suppose nécessairement trois éléments, une agrégation, une loi qui régisse les membres de cette agrégation, un pouvoir chargé de proclamer cette loi et de la faire respecter.

L'agrégation, aussitôt qu'elle cesse d'être circonscrite dans les étroites limites de la société primitive que l'homme contracte avec la femme, pour mettre leur vie en commun et la perpétuer dans leur descendance, n'a pas pour origine une convention. Cette agrégation est déterminée par un ensemble de circonstances le plus souvent indépendantes de toute volonté, circonstances de sol, de climat, d'identité ou au moins d'analogie de situation.

Une agrégation ne se stipule pas plus que la société en général...

Toute société impliquant des rapports entre les membres qui la composent, implique par cela même une loi qui régisse ces rapports, une loi qui fixe les droits et les obligations. Il y a, en effet, entre les êtres moraux et libres, des rapports nécessaires, comme il y en a entre les êtres physiques ; seulement le caractère de la nécessité n'est pas le même.

La nécessité des rapports que soutiennent les êtres physiques est une nécessité physique ; la nécessité des rapports que soutiennent les êtres moraux est une nécessité morale, c'est-à-dire, une nécessité qui ne les oblige que moralement, et qui ne les contraint pas à l'obéissance. La loi qui règle tous les rapports moraux est la loi morale ; elle est révélée par la conscience et par Dieu. Mais les rapports moralement nécessaires n'ont pas tous, sans distinction, le caractère de nécessité sociale. Or, il n'y a que les rapports socialement nécessaires qui puissent être imposés au nom de la société. Le droit social n'est qu'une partie de la morale ; il a, comme on l'a dit, le même centre, mais il n'a pas la même circonférence.

La morale est la loi qui nous enseigne quels sont nos devoirs envers Dieu, envers nous-mêmes, envers nos semblables, que l'accomplissement de ces devoirs doive ou ne doive pas rester à la discrétion de notre libre arbitre.

Le Droit social est cette partie de la loi morale au secours de laquelle la raison appelle des moyens de contrainte, parce qu'aux devoirs qu'elle prescrit correspondent des droits, c'est-à-dire des titres tellement inviolables et sacrés qu'il serait inique de ne pas leur donner de garanties.

Mais qui promulguera le Droit social ? Si l'interprétation et la promulgation du Droit social étaient exclusivement livrées aux inspirations de la conscience et de la raison individuelle, si surtout le soin d'en assurer l'observation était confié à chacun des

membres de l'agrégation, au lieu de l'ordre et de la paix, conditions de tout développement moral, on n'aurait que d'incessants conflits et tous les désordres de l'anarchie et de la guerre, c'est-à-dire qu'on n'aurait pas de société, parce qu'un de ses éléments manquerait : le pouvoir ; « où tout le monde peut « faire ce qu'il veut, dit Bossuet, nul ne fait ce « qu'il veut ; où il n'y a point de maître, tout le « monde est maître, où tout le monde est maître, « tout le monde est esclave. »

Le pouvoir déclare la loi, et la fait exécuter.

La loi ne serait pas une loi, mais un simple conseil, une prière ; le pouvoir ne serait pas un pouvoir, mais un simple prédicateur, si leurs commandements pouvaient être sans risque et impunément violés ; il est de l'essence de toute loi d'avoir une sanction ; il est de l'essence de tout pouvoir d'avoir des moyens coercitifs.—La pénalité est cette sanction ; elle est le complément de la loi, une suite nécessaire de sa violation constatée ; désobéissance à la loi et châtiment sont deux idées qui s'appellent irrésistiblement. . . . La conscience humaine atteste que la rétribution du mal par le mal, suivant une certaine mesure, est chose juste en soi. Le moyen sanctionnateur n'a donc rien par lui-même d'illicite. Sans doute son emploi ne serait pas permis d'égal à égal ; il suppose un supérieur impartial, désintéressé, qui apprécie sa justice et son utilité, fixe sa limite ; la légitimité de la pénalité n'existe, ne peut exister que comme dépendance du droit de commander. La loi, voilà le vrai fondement, la vraie source de la pénalité.

On a trop souvent confondu les effets de la pénalité avec la base sur laquelle elle est assise. Ces effets sont ceux-ci : chaque membre de l'agrégation sait que, s'il viole la loi, les commandements du pouvoir, il subira un certain degré de souffrance, un certain mal, expiation sociale d'un tort social. Cette conviction alimente et ravive le sentiment du bien et du mal, de la liberté morale, du devoir de s'abstenir d'actes condamnés par la loi, organe de la conscience publique ; enfin la pénalité crée à chacun un intérêt plus ou moins puissant à faire ce que la loi ordonne de faire et à ne pas faire ce qu'elle défend.

La loi pénale met, il est vrai, en jeu l'intérêt de l'homme, lui fait appel ; mais elle n'a pas cet intérêt pour fondement ; elle a pour fondement le devoir social, c'est-à-dire la loi de la société. La pénalité est d'ailleurs bien plus puissante par les idées morales qu'elle réveille, développe et fortifie que par l'intimidation qu'elle répand. M. Guizot a éloquentement exprimé cette vérité : « Les lois puisent plus
« de force dans la conscience des hommes que dans
« leurs peurs..... Si la Providence n'avait
« imposé aux actions humaines d'autre frein que la
« crainte de leurs résultats, si les hommes unique-
« ment livrés aux conseils de leur intérêt ou à la
« voix de leurs penchants étaient dénués de ces
« convictions qui portent la règle dans le trouble
« des passions et la lumière dans les incertitudes
« de la vie, le chaos envahirait bientôt le monde,
« et le seul moyen d'y maintenir l'ordre serait l'abais-

« sement subit de notre nature par la perte absolue
« de la liberté. Mais l'homme, par ses croyances
« morales, se lie et s'adapte aux volontés de la Pro-
« vidence ; il est en rapport direct avec elle, com-
« prend le langage de ses lois, admet leurs principes,
« s'y soumet librement, et malgré la lutte qui l'agite,
« malgré ses continuels écarts, n'a pas besoin que la
« force vienne à chaque instant substituer l'escla-
« vage à l'obéissance. »

Puisque la pénalité est l'instrument du pouvoir et l'accessoire de la loi, elle n'est légitime qu'autant que le pouvoir dont elle émane, et le commandement dont elle est la sanction sont eux-mêmes légitimes.

De là, deux questions :

1° Quelles sont les conditions de la légitimité du pouvoir ?

2° Quelles sont les conditions de la légitimité du commandement ?

CHAPITRE II.

Conditions de légitimité du pouvoir et de la loi.

§ 1^{er}.

Quelles sont les conditions de la légitimité du pouvoir ?

La création du pouvoir, pas plus que la formation de l'agrégation qu'il dirige, n'est le résultat d'une convention, d'une délibération commune.

Le pouvoir qui suppose une supériorité de justice, de raison, de lumières, est un fait avant de devenir un droit, c'est assez dire qu'il ne naît pas tout armé de forces régulières, de moyens coercitifs, bien organisés, avec la surcharge et l'entrave de garanties, au profit des subordonnés, sous prétexte de contre-poids. Il est, lui aussi, le produit des circonstances, varie avec elles dans sa forme et dans son étendue. Le pouvoir, surtout à son origine, *est, par ce qu'il est*. Les chartes et les constitutions n'apparaissent pas aux premiers âges des sociétés : elles n'apparaissent que beaucoup plus tard, et encore elles ne créent pas, elles déclarent, elles régularisent, elles limitent le pouvoir ; elles sont le plus souvent une transaction

entre des influences diverses qui se disputent la jouissance de ce pouvoir. Elles ne sont jamais des contrats à proprement parler, des conventions impliquant le concours du consentement de tous les intéressés.

Le pouvoir n'appartient à qui que ce soit en vertu d'un droit propre ; il est bien l'œuvre de Dieu en ce sens qu'il est une des nécessités de la société pour laquelle Dieu a créé l'homme ; mais Dieu n'a délégué un pouvoir déterminé à qui que ce soit, et il n'a rien préjugé ni sur son organisation ni sur ses formes.

Le pouvoir ne saurait être qu'un droit secondaire, dérivé des droits des membres de l'association. Ainsi, dans le système monarchique, le droit d'une dynastie ne repose que sur l'utilité nationale qui exclut toute entreprise contre le principe de l'hérédité ; si ce principe est inviolable, il ne l'est qu'à titre de garantie d'ordre, de stabilité, d'unité pour le pays qu'il protège ; ce n'est pas que la souveraineté s'incarne dans une famille, se fasse homme, et soit transmissible avec le sang. Châteaubriand l'a dit, *il n'y a pas de familles divines* ; non, mais il y a des nations monarchiques, et les conditions d'existence, les principes de vie de la monarchie sont, pour elles, comme un patrimoine.

La légitimité de tel ou tel pouvoir, de telle ou telle forme gouvernementale résulte de ses avantages sociaux.

Est légitime toute forme de gouvernement qui est en rapport avec les mœurs, les idées, les besoins de la nation à laquelle elle s'applique.

Quelle autorité sera compétente pour juger si le pouvoir établi satisfait ou ne satisfait pas à ces conditions ?

La raison.—Sans doute la raison n'a pas en ce monde d'interprète infallible ; elle n'a même et ne peut avoir de tribunal officiel qui rende, en son nom, sur les questions de légitimité, des arrêts sans recours, parce que ce tribunal, s'il existait, serait supérieur au pouvoir ou plutôt serait lui-même le véritable pouvoir, le souverain, et appellerait à son tour un juge. Mais si le pouvoir social échappe, par son essence, au jugement de toute juridiction légale et régulière, il est une dictature qui plane sur lui, le poursuit de son incessant contrôle, le sanctionne ou le condamne, la suprême dictature de l'opinion publique.

Dans sa controverse avec Bossuet, Jurieu disait :
« Il faut qu'il y ait dans la société une certaine au-
« torité qui n'ait pas besoin d'avoir raison, pour va-
« lifier ses actes, et cette autorité n'est que dans le
« peuple. » La souveraineté, ainsi entendue, serait ou pourrait au moins être une monstrueuse dictature. Aucune autorité, qu'elle appartienne à la multitude ou à un roi, n'est dispensée d'avoir raison. Ce qui est vrai, c'est qu'il est nécessaire, pour le maintien de la société, que le pouvoir, quelle que soit son origine, soit *présumé* avoir raison.

La présomption de légitimité qui couvre le pouvoir établi peut être combattue et renversée ; mais elle ne succombe qu'au prix des crises les plus dou-

loureuses, des déchirements les plus cruels ; elle ne reçoit de démentis que de ces redoutables événements que l'histoire enregistre sous le nom de révolutions.

Les révolutions, même les plus justes, sont toujours grosses de périls.

« Il faut, écrivait M. Guizot, en 1822, qu'un gouvernement soit bien mauvais, et nul ne saurait dire d'avance à quel point il sera assez mauvais, pour que la société ne doive pas préférer les plus lentes espérances de réforme aux chances terribles de la destruction. »

Les révolutions ne peuvent se légitimer que par leurs résultats ; elles sont bien rarement destinées à vivre, à fonder ; elles semblent, pour reproduire l'expression d'un éloquent publiciste, condamnées à détruire et à mourir en détruisant.

Est-ce à dire que le succès soit le seul juge et qu'il faille nécessairement attendre qu'un pouvoir nouveau se soit assis et consolidé, ou qu'il ait été brisé, détruit, pour se prononcer sur sa légitimité ou son illégitimité ? Non, sans doute ; l'établissement et la durée d'un pouvoir ne sont que des indices, que des signes de légitimité. Que ces signes existent ou n'existent pas, la raison n'est point condamnée à ne consulter que ces éléments d'appréciation. L'objection à laquelle nous répondons n'a de force que contre la théorie des *faits accomplis*, qui voit une preuve indestructible dans ce qui n'est pour nous qu'une *présomption*.

§ II.

Quelles sont les conditions de la légitimité du commandement ?

Pour se rendre compte de la nature des commandements que le pouvoir peut armer de pénalités, il faut bien préciser ce qu'est la société.

Est-elle un but ou un moyen ?

Si la société est le but, les individus qui la composent n'ont que des devoirs envers elle ; ils sont déshérités de tous droits, ils n'agiront pas pour leur compte, ils seront réduits au rôle d'instruments, de simples rouages. Dans ce système, le pouvoir aura pour mission, non pas de protéger l'accomplissement des destinées individuelles, puisque les individus s'effacent et disparaissent, n'ont plus de personnalité, mais d'assurer par la contrainte l'accomplissement de la destinée collective. Si la société est le but, la pénalité sera ou pourra être la compression ou la répression de toute initiative particulière, de tous mouvements non réglés à l'avance par le prévoyant despotisme de la loi.

Que si la société n'est pas un but, mais un moyen, une épreuve, une préparation à une autre vie dans laquelle l'homme sera définitivement rétribué selon ses œuvres, les prescriptions de la loi et les pénalités ne seront qu'un système de garanties propre à faciliter à chacun des membres de l'association le déploie-

ment de ses facultés pour son compte et sous sa responsabilité.

Interrogeons sur cette question capitale la nature humaine.

L'homme a l'invincible conscience d'être doué de moralité et de liberté; il conçoit forcément, fatalement la différence qui sépare le bien du mal, le juste de l'injuste; il conçoit le devoir pour lui de préférer le bien au mal, le juste à l'injuste, quelles que soient les inspirations de ses passions ou de ses intérêts; il a l'invincible sentiment d'être maître, à ses risques et périls, de refuser ou d'accorder cette obéissance à la loi du devoir qui n'enchaîne point, mais appelle sa volonté.

La liberté morale, en faisant l'homme capable de mérite ou de démerite, et par suite responsable, constitue sa valeur, sa dignité, son titre aux récompenses ou aux expiations de la vie à venir. Eh bien! la loi morale et la liberté morale sont incompatibles avec l'immolation de l'individualité, de la personnalité de l'homme sur l'autel de la société.

Il faut bien d'ailleurs se tenir en garde contre toute illusion de terminologie. L'être collectif appelé société n'est qu'un être de raison, une abstraction.

Dans une société, il y a des gouvernants, des gouvernés, des rapports liant d'une part les gouvernés entre eux, et d'autre part les gouvernés aux gouvernants. Il y a cela et rien que cela. En dehors des gouvernés et des gouvernants, il n'y a pas de réalité vivante fonctionnant, ayant une existence

véritable. Seulement il a fallu trouver un mot pour exprimer un certain ensemble d'individualités réunies sous la même loi, obéissant au même pouvoir.

La société qui n'est, à proprement parler, qu'un lien, ne peut donc avoir de droits et d'intérêts indépendants des droits bien compris et des intérêts permanents, non pas de tels ou tels individus, mais de tous les individus que ce lien attache. Un lien, le lien social, ne peut pas être le but de l'humanité.

Si la vie terrestre n'est qu'une épreuve et la société qu'un moyen pour la Providence de faire subir cette épreuve, de mettre l'homme aux prises avec la loi du devoir; si chacun des membres de l'association est appelé à travailler pour lui-même, est chargé de sa destinée propre, si son but terrestre est son amélioration intellectuelle et morale, les individus n'ont pas que des devoirs, ils ont des droits, des droits naturels et inaliénables.

Quels sont les droits naturels de l'homme?

Tous les droits naturels de l'homme peuvent se résumer en un droit unique, la liberté; la liberté, c'est le droit de l'homme de faire ce qu'il veut, dans les limites de ce qu'il peut, sous la seule condition de ne pas porter atteinte au droit parallèle, collatéral qui appartient à chaque membre de l'association; c'est, en un mot, le droit pour chacun d'utiliser les facultés dont Dieu l'a doté, de les développer dans une mesure compatible avec l'existence de la société. La société et le pouvoir qui la représente ne peuvent légitimement supprimer, ni même mutiler les droits naturels.

On parle souvent du sacrifice d'une partie de ces droits qui aurait été consentie pour mieux assurer l'exercice des droits conservés.

Ces expressions manquent de vérité et de justesse ; elles sont un vestige d'un système abandonné, du système du contrat social. La société étant un fait nécessaire, contemporain de l'existence de l'homme, les individus n'ont jamais eu d'autres droits que ceux que l'état social n'exclut pas.

Il n'y a, il ne peut y avoir de droits naturels inconciliables avec la société, véritable état de nature.

Sans doute et en fait, parce qu'il est soumis à l'infirmité humaine, le pouvoir, qui a mission de proclamer et de garantir l'inviolabilité des droits naturels, est exposé à exagérer les nécessités sociales et à restreindre la mesure de la liberté.

Mais les vices de la loi positive ne prescrivent pas contre le droit naturel et social que cette loi est chargée de traduire, et la raison générale finit toujours par en triompher.

La liberté que nous venons de définir est autre chose que la liberté morale ; la liberté morale n'est pas un droit, c'est un fait. Elle consiste dans la faculté de prendre une détermination, de concevoir une volonté pour le mal ou pour le bien et non dans la faculté de réaliser cette détermination, cette volonté.

La liberté morale résiste à toute tentative de compression. L'homme garrotté est moralement libre ; mais la liberté morale, privée de l'espoir de parvenir à ses fins et en dehors de ces conditions de lutte

qui font son honneur, quand le devoir triomphe, sommeillerait dans le découragement et l'atonie.

La liberté n'est pas nécessairement la participation à la souveraineté, c'est-à-dire au droit de commander, ou, au moins, à la formation du pouvoir qui exerce ce droit.

Tous les individus qui sont doués de liberté morale ont le droit de faire ce qu'ils veulent, dans les limites de ce qu'ils peuvent, sous la seule condition de ne pas nuire aux droits d'autrui. La souveraineté n'est pas un droit naturel pour tous.

Même sous le régime du suffrage universel, tous les membres de l'association ne sont pas appelés sans distinction à une part de souveraineté. Il y a, et il doit y avoir, beaucoup d'exceptions.

C'est donc que la participation à la souveraineté n'est pas essentielle à la liberté réelle ; elle ne suppose même pas toujours cette liberté quoiqu'elle doive être considérée comme une des plus efficaces garanties qui puissent concourir, soit à la produire, soit à la cimenter.

Il résulte de ces principes sur les droits naturels de l'homme que le pouvoir n'a pas le droit d'imposer, à peine de châtiment, l'accomplissement de toutes les prescriptions de la loi morale.

Sans doute l'observation de toutes les règles de la loi morale serait chose utile et vraiment excellente. Une société dont tous les membres obéiraient dans leurs actes, dans leurs pensées, dans leurs affections

aux inspirations de la loi morale, serait un type de perfection.

Mais le pouvoir a la mission de conserver non pas l'ordre moral, mais l'ordre social ; son titre est limité par l'intérêt terrestre et restreint confié à sa vigilance ; il ne peut enlever au libre arbitre humain que ce qu'il ne peut lui laisser sans menacer, sans compromettre les conditions d'existence de la société.

Si le pouvoir n'a pas qualité pour imposer toutes les conditions de la loi morale, ne peut-il rien commander, rien défendre qui soit contraire aux prescriptions de cette loi ?

Il est certain qu'il n'a pas le droit de commander ce que la loi morale défend, et de défendre ce qu'elle commande.

Les intérêts vrais, durables, permanents de la société, et ce sont ceux-là seuls que le pouvoir doit avoir en vue, ne réclament jamais d'actes immoraux. S'il en était autrement, la grande, l'impérieuse loi de la sociabilité, à laquelle les hommes obéissent, serait en contradiction avec les autres lois de Dieu.

Mais il est des actes qui ne sont, ni exigés, ni prohibés par la loi morale, des actes indifférents en eux-mêmes, qui, envisagés au point de vue de la société, de son bien-être, de sa sûreté, de ses légitimes progrès, sont tellement avantageux ou tellement dangereux qu'ils doivent être rendus obligatoires ou sévèrement proscrits.

Quant à ces actes neutres et sans caractère, si on les envisage, abstraction faite de la société, les ordres

ou les prohibitions du pouvoir social, dérivent, sinon directement, immédiatement, au moins indirectement, médiatement de la loi morale, qui, en imposant la société à l'homme, lui a implicitement et virtuellement imposé tous les sacrifices nécessaires à cet état.

Nous avons indiqué la mesure des droits du pouvoir ; mais cette mesure, par la nature même de son principe, n'a rien d'invariable dans son application. Elle est subordonnée aux circonstances de temps, de lieu, et se modifie avec elles.

CHAPITRE III.

Systèmes divers sur la base de la Pénalité.

La légitimité du pouvoir et de la loi est-elle la condition unique de la légitimité de la peine ?

Non, sans doute ; la peine doit satisfaire à d'autres conditions. Mais ici nous n'examinons pas les règles qui doivent présider à l'exercice du droit de punir : nous cherchons la base, le fondement rationnel et philosophique de ce droit.

Pour nous, le droit de punir est un élément essentiel du droit de souveraineté, qui, dans toute société, a nécessairement un dépositaire, un interprète plus ou moins fidèle, un organe plus ou moins sûr ; il appartient au pouvoir social, parce qu'il est une condition inhérente à sa nature de pouvoir.

En quoi notre solution sur cette question diffère-t-elle des théories qui se sont produites, et spécialement de la théorie que l'école éclectique a accréditée de nos jours ?

Un regard rapide sur les principaux systèmes qui ont traité de l'origine de la pénalité nous permettra d'assigner les véritables caractères de notre explication.

Six théories principales ont été professées en Europe, dans le siècle dernier et dans le commencement de ce siècle. sur la base du droit de punir : deux de ces théories, et ce sont peut-être celles qui ont exercé le plus d'influence sur la législation positive, ont un point de départ commun ; elles déduisent le droit de punir d'une convention primitive qui aurait précédé la formation de la société et qui serait tacitement ratifiée par les générations successives.

Ces deux théories toutefois, malgré la communauté du point de départ, se distinguent profondément.

La première de ces théories dit : chaque individu, dans l'état de nature, c'est-à-dire, d'après elle, dans l'état extra-social, avait, dans toute sa plénitude, le droit de se défendre contre les attaques dont il pouvait être l'objet. Eh bien ! en consentant à entrer en société, il a délégué au pouvoir social son droit, pour qu'il fût plus efficacement exercé et n'entraînât pas de luttes journalières. Il ne s'est réservé à lui-même l'exercice direct et personnel du droit de défense que dans les cas d'extrême urgence, lorsque l'intervention du pouvoir ne saurait être réclamée à temps.

La seconde théorie dit : ce n'est pas de la collection des droits dont les individus étaient saisis à l'encontre les uns des autres que le droit social se compose, mais bien des droits que les individus ont cédés sur eux-mêmes, en échange des avantages qu'ils espéraient retirer de l'association. Chaque individu est réputé avoir consenti, pour prix de la protection qu'il stipulait, à être puni par le pouvoir social s'il transgressait ses lois.

Ces deux théories ont un vice commun ; elles ont, de plus, chacune un vice particulier.

Elles ont un vice commun puisque, toutes deux, déduisent le droit de punir d'une convention qui aurait mis fin à un prétendu état de nature qui est aussi contraire aux traditions historiques qu'à la véritable nature de l'homme.

Elles ont chacune un vice particulier : la théorie qui forme le droit social de l'ensemble des droits de défense personnelle dont les individus se seraient dessaisis, confond deux principes distincts : le principe de la défense et le principe de la punition.

Trois différences principales séparent le droit de défense du droit de punition : 1° le droit de défense naît d'un danger direct, flagrant, instantané, et il ne dure qu'autant que ce danger ; il ne survit pas au besoin de repousser l'attaque ; il cesse au moins, à coup sûr, quand l'agresseur est réduit à l'impuissance de renouveler son agression.

Le droit de punir, lui, survit au fait illicite. Il peut être exercé longtemps après l'accomplissement de ce fait, et alors même que l'agent serait dans l'impossibilité de le reproduire.

2° Le droit de défense n'est pas subordonné à la condition que l'agresseur soit un être moral et libre et, par suite, responsable ; il est la conséquence du droit qui appartient à tout individu de conserver son existence et de l'abriter contre toute atteinte, la cause en fût-elle purement physique, fût-elle l'œuvre d'un agent irresponsable comme celle d'un animal furieux

ou d'un fou. Au contraire, la punition suppose que l'agent auquel elle est infligée était doué de la moralité qui lui permettait d'apprécier son acte, et de la liberté qui lui permettait de s'en abstenir. La conscience humaine se révolterait à l'idée d'un châtiment infligé à un fou. On désarme un fou, on le charge de liens, mais on ne le punit pas.

3^e Le droit de défense ne suppose pas chez l'attaqué une supériorité de raison et de sagesse sur l'agresseur ; c'est une réaction, légitime sans doute, mais c'est une réaction avec toutes ses chances de victoire et de défaite ; c'est une réaction vive, passionnée comme l'intérêt qui la dicte.

Ce n'est pas l'intervention calme, désintéressée d'un juge ; la défense n'est pas astreinte à la même impartialité, à la même mesure dans ses appréciations.

La punition suppose que celui qui l'applique a une supériorité reconnue de force, de raison, sur celui auquel elle est appliquée, et, par suite même de cette supériorité, il est obligé à n'employer que des moyens qui ne dépassent pas les exigences de la répression sociale.

M. de Broglie (*Revue française*, numéro de septembre 1828), a très bien signalé les caractères qui différencient le droit de défense et le droit de punir ; M. Rossi, dans son *Traité de Droit pénal*, a brillamment développé les aperçus de son devancier.

La confusion entre ces deux idées, l'idée de défense et l'idée de punition, entraîne immédiatement des conséquences pratiques : la justice n'est plus la

justice, c'est la guerre. Ecoutez plutôt Rousseau :
« Tout malfaiteur, attaquant le Droit social, devient
« par ses forfaits, rebelle et traître à la patrie, il
« cesse d'en être membre en violant ses lois, et même
« il lui fait la guerre ; alors la conservation de l'État
« est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des
« deux périsse, et quand on fait mourir le coupable,
« *c'est moins comme citoyen que comme ennemi.* »
Ainsi l'agent à punir est un vaincu et un ennemi,
ce n'est pas un justiciable ; le pouvoir social n'est
pas un juge, mais un athlète qui lutte pour le compte
de la société.

Le second système qui fait dériver le droit de punir d'une concession que chaque individu aurait faite éventuellement, sur lui-même et aux dépens de lui même, au pouvoir social, indépendamment de l'origine conventionnelle qu'il attribue à la société, est entaché d'un défaut capital. Pour expliquer l'existence du droit de punir, il commence par supposer cette existence ; il se demande à quel titre le pouvoir social est saisi du droit de disposer de l'honneur, de la liberté et peut-être de la vie des individus. Au lieu de résoudre cette difficulté qui l'embarrasse, il la déplace et il dit : c'est l'individu qui a accordé ce droit exorbitant sur lui-même au pouvoir social... mais, pour accorder ce droit sur lui-même, l'individu en était donc saisi ! il avait donc éventuellement le droit de disposer de son honneur, de sa liberté, de sa vie ! A quel titre l'individu était-il investi de ce droit de consentir, par anticipation et

d'une manière conditionnelle, à cette immolation partielle ou absolue ? Est-ce que le droit de stipuler sous condition sa mutilation ou sa mort, est plus aisé à établir chez l'individu que le droit de punir au profit du pouvoir ? Que cette stipulation fût ou non accompagnée d'une pensée d'expiation, elle participerait toujours singulièrement au caractère d'un suicide et on ne saurait la considérer comme obligatoire, alors même qu'on pourrait appliquer les principes qui régissent les conventions.

Un troisième système trouve le fondement du droit de punir dans un droit de défense appartenant à la société, de son chef, en vertu de son droit propre. La société, dit ce système, est une loi de la nature humaine ; elle a droit de se conserver et, partant, de se défendre ; elle n'a aucun moyen matériel d'empêcher la réalisation de tous les actes qui peuvent lui porter atteinte ; elle ne peut engager, sur tous les points du territoire, une lutte pour paralyser toutes les tentatives de crimes ou de délits. Son droit de défense doit donc être d'une nature autre que le droit de défense individuelle ; elle n'attend pas l'attaque, elle la prévient.

La pénalité est un moyen répulsif qui a pour objet, non le passé, non le présent, mais l'avenir ; en tant qu'elle n'est qu'à l'état de menace, elle a pour but de détourner des crimes ; en tant qu'elle est appliquée, qu'elle punit les crimes commis, elle a pour but de prévenir le retour de ces crimes, soit de la part des mêmes agents, soit de tous autres agents.

Ce système que professent de nos jours MM. Charles Comte, Lucas, Rauter, a un premier défaut : pour prouver que la société a le droit de punir, il dit que la société a le droit de se défendre par anticipation et de combattre ce qui n'existe pas encore, ce qui n'a aucune réalité, une hypothèse, une éventualité, sous prétexte de vraisemblance. D'abord, c'est singulièrement faire violence à l'acception usuelle des mots que d'appeler défense une simple mesure de prévoyance, une sorte de défi jeté par le pouvoir social.

Mais supposons qu'une pénalité qui peut être séparée, par un long intervalle, des faits futurs en prévision desquels elle a été édictée, puisse être appelée une défense, à l'encontre de ces attaques non déterminées qui peuvent, sans doute, se réaliser, mais qui peuvent aussi ne pas se produire ; restera toujours la question de savoir à quel titre la société est investie de ce droit qui a des caractères si différents du droit de défense individuelle.

Le système que nous apprécions, pour être conséquent, doit voir dans l'exercice de toutes les attributions du pouvoir social, quelles qu'elles soient, la mise en mouvement d'un droit de défense, car toutes tendent ou doivent tendre à la conservation ou au développement de la société. Enfin, si l'application de la pénalité n'est qu'une défense prévoyante pour l'avenir, si elle ne songe pas aux crimes passés qu'elle frappe, mais au retour éventuel du même crime, elle devra être plus sévère, plus ri-

goureuse pour les crimes ordinaires qui sont de nature à se reproduire chaque jour, que pour les crimes plus odieux, mais plus rares, qui n'apparaissent que de loin en loin, et qui ne constituent que de monstrueuses exceptions. — La pénalité contre l'assassinat simple devra être plus dure, plus terrible, exercer une plus grande puissance d'intimidation que la pénalité contre le parricide. Dans aucun cas, la pénalité ne pourra être critiquée, comme excessive, tant qu'elle n'aura pas atteint le degré d'efficacité dont elle est susceptible.

Si la pénalité n'est qu'un moyen de défense, qu'un instrument de guerre, on ne saurait lui donner trop d'intensité. La modération et l'humanité dans les lois pénales ne seront plus les conquêtes de la civilisation ; elles ne seront plus que des tendances antisociales, et il faudra étouffer nos sentiments, nos instincts de miséricorde et de pitié.

Un quatrième système fonde la pénalité sur l'utilité du plus grand nombre. Si, par ce mot d'utilité, ce système entendait l'observation de la partie de la loi morale qui est nécessaire au maintien et au développement de la société, on n'aurait à lui reprocher que l'équivoque de sa formule ; mais l'utilité, pour Bentham, le vulgarisateur, sinon le créateur de cette théorie, c'est l'utilité matérielle, le bien-être de la majorité, la plus grande somme de jouissances physiques. Bentham ne croit pas à une vie à venir, ou au moins n'en a pas le souci pour les choses de ce monde. L'intérêt de la majorité n'est dominé

par aucune loi : il est toute la loi, il est la raison unique. Si donc cet intérêt plus ou moins bien compris semble commander l'immolation en masse de la minorité, la minorité sera sans grâce et sans pitié immolée, et elle se prévaudra vainement de ce qu'on n'a aucune faute à lui reprocher. Les assassinats juridiques de 1793 ne sont plus des assassinats, ce sont de bons ou mauvais calculs. Voilà tout. L'histoire n'a pas le droit de les flétrir. Une pareille théorie se raconte, elle ne se réfute pas.

Un cinquième système, le système de Kant, se présente : ce système déduit le droit de punir d'une idée de justice absolue qui exige que le mal moral soit expié et le bien moral rémunéré ; il n'est pas de conscience qui ne sente le besoin de cette rémunération ou de cette expiation. Il y a désordre moral là où le crime n'appelle pas le châtiment ; eh bien ! le pouvoir social est chargé d'opérer le rétablissement de l'ordre en châtant tout mal moral dont il acquiert la preuve, et cela, sans distinction entre le mal moral qui est une atteinte à la société, et le mal moral qui n'a pas ce caractère. Dans ce système, le pouvoir social a sur la terre tous les droits de Dieu, il en est une sorte d'incarnation. Les conséquences de cette explication du droit et peut-être du devoir de punir sont peu rassurantes ; il n'est plus laissé de champ au libre arbitre ; l'intimidation terrestre, immédiate, domine la liberté humaine sur tous les points de la loi morale, sur ceux mêmes qui se rattachent le moins à la société. La violation des devoirs de toute nature,

devoirs envers Dieu, devoirs envers soi-même, tombe sous la prise de la pénalité ; le pouvoir, cumulant l'autorité religieuse et l'autorité sociale, exerce une véritable tyrannie, une inquisition intéressée à savoir non seulement tout ce qu'on fait, mais encore tout ce qu'on pense. Il faudra pourtant accepter toutes les conséquences de ce système, malgré leur dureté, s'il est l'expression de la vérité.

Mais à quel titre le pouvoir social pourrait-il punir des torts moraux qui ne compromettent pas la société ? Son titre, comme pouvoir, et son droit au commandement ne peuvent dériver que de l'intérêt légitime de la société, et ses attributions ont également cet intérêt pour mesure ; le pouvoir social n'a pas en dépôt l'exercice de la justice de Dieu.

Enfin, si le pouvoir social était chargé d'imposer l'expiation à tous les actes contraires à la loi morale, il serait nécessairement chargé de récompenser tous les actes conformes à cette loi, puisque le même sentiment de justice qui appelle le châtiment pour le mal, appelle la rémunération pour le bien. Or, il est bien évident que le pouvoir social ne pourrait suffire à cette tâche.

Nous pourrions multiplier les objections ; mais celles que nous avons formulées sont, à notre sens, décisives. Au reste, en discutant un sixième système, le système éclectique, nous aurons occasion de produire des objections qui peuvent encore servir à combattre le système de la justice absolue.

Arrivons au système éclectique. C'est le système

de MM. de Broglie, Guizot, Rossi, de Rémusat, Boitard, etc.

Le système éclectique déduit le droit de punir de la combinaison de deux idées : l'idée de justice morale et l'idée d'utilité sociale.

Trois propositions résument ce système :

1° Le pouvoir social n'a pas le droit de punir toute violation de la loi morale ;

2° Il ne peut punir que des actes contraires à la loi morale ;

3° Il n'a le droit de punir un acte contraire à la loi morale qu'autant que cet acte lèse les intérêts de la société. Le droit de punir dérive donc de la justice morale, mais de la justice limitée par l'utilité sociale.

Il est juste que le mal moral soit expié, mais la société n'a qualité pour faire subir cette expiation que dans la mesure de son intérêt.

Ce système se recommande par une grande élévation de vues et par d'excellentes tendances.

Toutefois, nous ne croyons pas qu'il satisfasse aux exigences d'une logique rigoureuse.

De la loi morale de l'expiation, il conclut que le pouvoir social peut légitimement assumer sur lui la responsabilité d'appliquer cette loi toutes les fois que son application aura de l'utilité pour la société. Une pareille conclusion est-elle fondée ?

N'est-ce pas supposer gratuitement que Dieu a délégué au pouvoir social le soin d'exercer sur la terre une partie de sa justice, sauf à lui à imputer,

dans une autre vie, à la décharge des coupables, ce qu'ils auront souffert en ce monde, par suite de leur faute.

Dans ce système, le pouvoir social, avant de punir, devrait apprécier si Dieu, qui n'attend pas toujours l'autre vie pour exercer sa justice, n'a pas déjà infligé, lui qui a tant de moyens à sa disposition, une expiation suffisante, une expiation qui ait effacé toute souillure morale.

La justice de la peine sociale n'est-elle fondée que sur la justice morale ? il faudra d'abord vérifier si celui qui est le suprême représentant de la justice morale n'a pas devancé le pouvoir, son prétendu mandataire, s'il n'a pas agi directement et sans intermédiaire.

Cet assassin que la société poursuit pour le punir, cet homme qui n'a pas respecté la vie de son semblable et a joué, sans crainte, sa propre vie à laquelle il tient peu, n'avait qu'un intérêt dont le sacrifice fût pour lui un châtiment expiatoire, c'était l'existence de son enfant, et Dieu le lui a enlevé ! L'assassin a subi, dans la personne du père, le seul supplice qu'il redoutât, et la secousse a été si violente, le coup si rude qu'une révolution s'est opérée dans son âme, dans ses sentiments et que le voilà régénéré. Il abhorre son crime, il s'abhorre lui-même.

Si le pouvoir n'a le droit de punir qu'autant qu'il reste quelque chose à expier, qui lui garantit que l'homme qu'il veut frapper n'a pas payé sa dette et n'est pas aujourd'hui pur devant Dieu ?

Le fondement de la pénalité sociale n'est pas dans l'expiation qu'exige la loi morale.

Sans doute la pénalité sociale pourra être un à-compte pour la justice morale, mais elle ne puise pas sa raison d'existence dans le droit d'anticiper, à certaines conditions, sur cette justice.

Le droit de punir ne résulte pas, au moins directement et immédiatement, de la loi morale ; il résulte de l'essence de la loi positive et du pouvoir dont il est la sanction.

Il n'est pas une émanation, un démembrement d'un autre droit de punir qui est la sanction d'une loi plus haute ; c'est un droit distinct et indépendant qui dérive, comme conséquence, de l'état de société, et, comme cet état est naturel à l'homme, le droit de punir est lui-même naturel.

Nous reviendrons sur ces idées en essayant de réfuter le système de l'école éclectique sur la mesure de la pénalité.

Nous ne connaissons qu'un seul publiciste qui ait combattu l'idée d'une délégation divine, comme base du droit de punir (M. Tissot, *Revue de législation*, tome I^{er} de 1842, page 386). Ce publiciste voit dans la punition l'expression du principe de l'égalité. Le patient a le droit d'infliger à l'agent une lésion physique égale à celle qu'il a soufferte. « Nous
« pensons, dit-il, que la punition, telle que nous
« l'entendons, c'est-à-dire l'égalité dans la lésion,
« est de droit naturel, et que la société ou un su-
« périeur quelconque est inutile pour qu'elle puisse

« *être licitement infligée*. Mais il n'y a guère de
« garantie qu'elle le sera sagement, justement, si
« elle part d'une main irritée. On a donc ici con-
« fondu le droit de punir avec les garanties de la
« justice de la peine. Si l'individu n'avait pas le droit
« de peine, la société n'en pourrait être investie... »

Nous considérons, nous, que le droit de punir suppose
un supérieur, puisqu'il n'est que la sanction du droit
de commander.

CHAPITRE IV.

De la mesure de pénalité.

D'après quels principes doit être déterminée la mesure de la pénalité ?

Doit-elle être proportionnée à l'importance du devoir social violé ou à l'importance du devoir moral ? Ne doit-on point, dans sa détermination, tenir compte, tout à la fois, et du tort social et du tort moral ?

La théorie acceptée dans ces derniers temps, la théorie que l'école éclectique a fait prévaloir est celle-ci :

La pénalité ne peut pas dépasser la mesure de souffrance et d'expiation qu'exige la loi morale. C'est là un maximum qui ne peut être franchi. Mais le pouvoir n'a pas toujours le droit de l'atteindre. Si l'intérêt social n'exige pas l'emploi, la dépense, s'il est permis de s'exprimer ainsi, de toute la portion d'expiation que la loi morale appelle, il ne peut pas l'infliger et il est obligé de s'arrêter à la limite de l'intérêt qu'il représente. Si l'intérêt social exigeait plus, le pouvoir ne devrait pas lui accorder satisfaction.

« En premier lieu le législateur dispose, dans

« l'intérêt de l'ordre extérieur et de la paix publique;
« ce que l'ordre extérieur et la paix publique n'exi-
« gent pas impérieusement est illégitime de sa part.
« Secondement, pour atteindre le but qui lui est
« assigné ; pour cela, disons-nous, non pour autre
« chose, il attire à lui l'expiation ; *il en hâte l'heure* ;
« *donc il faut qu'il y ait lieu à l'expiation ; sans*
« *être tenu d'en épuiser la rigueur, il est tenu de ne*
« *la point dépasser. Il n'a de droit sur le délin-*
« *quant qu'autant qu'il y a faute morale, et dans la*
« *proportion de cette faute.* » (DE BROGLIE, *Revue*
française, n° de septembre 1828, p. 49.)

M. Rossi exprime les mêmes idées :

« La justice, dans sa partie pénale, n'est que le
« mal rétribué pour le mal, avec moralité et me-
« sure ; en un mot, l'expiation. Donc partout où
« l'idée d'expiation n'entre pour rien, il ne peut
« être question de justice. *L'emploi de ce mot n'est*
« *permis qu'à ceux qui regardent la justice sociale*
« *comme une émanation et un accomplissement par-*
« *tiel, sous certaines conditions, de la justice mo-*
« *rale.* » (ROSSI, tome I^{er}, p. 219.)

« Quel est donc le pouvoir discrétionnaire de l'au-
« torité sociale ? C'est le pouvoir, non de dépasser,
« mais de ne pas atteindre les dernières bornes de
« la justice morale, le pouvoir de faire moins, de
« n'exercer la justice que partiellement. » (ROSSI,
tome I^{er}, p. 223.)

« Supposons que par un moyen quelconque on eût
« la certitude que le faux témoignage en matière

« civile mérite, *aux yeux de la justice morale*, une
« punition représentée par une amende d'une valeur
« quatre fois plus grande que celle de l'objet con-
« testé ; que pourrait le législateur ?

« Ajouter quelque chose à cette peine ? *Ne fût-ce*
« *qu'une obole, cette portion du châtiment ne serait*
« *qu'un fait sans moralité ; le condamné ne serait*
« *plus qu'un moyen entre les mains de la force, un*
« *pur instrument.*

« Appliquer au faux témoin la peine de l'amende
« dans toute son étendue ? Oui ; mais seulement si
« le besoin l'exige.

« C'est ici que se représentent les considérations
« du mal social du délit, de la force de l'impulsion
« criminelle qu'on doit réprimer, en un mot, de
« toutes les circonstances politiques du pays auquel
« est destinée la loi pénale. C'est le champ de la lati-
« tude laissée au législateur. *L'amende d'une valeur*
« *quadruple et l'impunité sont les deux termes*
« *extrêmes.* Le choix entre ces deux termes n'est
« pas arbitraire, dans ce sens que le devoir com-
« mande au législateur de faire une appréciation
« vraie et équitable des exigences sociales et des
« imperfections de la justice humaine. Mais jus-
« qu'au *maximum* la peine est légitime en soi ; le
« coupable ne saurait dire : je ne l'ai point mé-
« ritée. » (Rossi, *Traité du Droit pénal*, tome III,
p. 97, *in fine*).

Nous pourrions multiplier ces citations.

M. Mignet nous est un sûr garant que nous avons bien saisi la pensée du livre.

Dans sa notice sur la vie et les travaux de M. Rossi, le brillant écrivain a su résumer en une seule page tout le système du criminaliste éclectique.

« La peine est le redressement d'un désordre et
« l'expiation d'un mal que la société, inséparable
« de la règle et fondée sur le bien, inflige, *d'après*
« *les prescriptions de la justice morale*, dans les li-
« mites de l'intérêt public. Hors de la combinaison
« de la justice avec l'utilité, il y a péril et il peut
« y avoir excès. Si la justice morale n'a pas l'utilité
« sociale pour mesure, elle peut faire de la loi,
« comme cela est arrivé quelquefois, un moyen d'ex-
« piation religieuse ; si l'utilité sociale n'a pas la jus-
« tice morale pour règle, elle peut faire de la loi,
« comme cela s'est pratiqué souvent, un instrument
« de tyrannie politique. Voulant éviter qu'on ne
« tombe dans ces deux extrémités contraires, M. Rossi
« rapproche les deux écoles du droit et de l'intérêt
« dans une sorte de juste-milieu pénal. »

Cette théorie, que protègent des noms si importants, est-elle fondée ?

Si la pénalité est la sanction, non pas de la loi morale, mais de la loi sociale, il semble que le pouvoir ne doit tenir compte que des nécessités de la société. Pourquoi ne donnerait-il pas à la pénalité le degré que la raison indique comme seul propre à assurer le respect de la loi ? — Le pouvoir humain n'a aucun moyen d'apprécier sûrement l'étendue d'expiation que la loi morale impose et qu'une justice qui n'est pas de ce monde peut appliquer. —

Répondrait-on à cette objection que la raison humaine n'a pas la certitude d'arriver à connaître, avec une exactitude parfaite, la quotité de châtiments en deça de laquelle les prescriptions de la loi positive pourraient être une lettre morte ? Si l'on veut dire qu'en tout et sur tout la raison humaine est sujette à l'erreur, nous n'élevons pas de contredit..... Mais les chances d'erreur ne sont-elles pas plus ou moins grandes suivant la nature des matières sur lesquelles elle s'exerce ? La raison humaine n'est-elle pas plus compétente pour apprécier des rapports terrestres, les exigences d'une nécessité humaine, que les rapports de la vie présente avec la vie à venir et les exigences d'une justice dont Dieu s'est réservé le secret ?

D'ailleurs, en supposant même qu'il soit aussi facile à la raison de mesurer l'expiation due à la justice morale que l'expiation due à la société, quels moyens aura-t-elle de vérifier si l'agent n'a pas subi, en tout ou en partie, avant l'intervention de la justice humaine, le châtiment attaché à la violation de l'ordre moral, s'il n'a pas déjà été frappé d'une de ces pénalités qui ne sont pas écrites dans nos Codes, mais qui sont à la disposition de la puissance divine ? Si l'expiation sociale ne doit jamais dépasser l'expiation morale, il faudra confesser que le droit social expire là où il est vraisemblable qu'en dehors de la pénalité sociale, l'agent a payé sa dette envers la loi morale.

Un homme pressé par le besoin et au milieu de circonstances très atténuantes commet un vol mi-

nime, un vol de pain, par exemple; dans le cours de l'exécution de son délit, il se fait une blessure qui nécessite l'amputation d'un de ses membres. La souffrance qu'il éprouve paraît hors de toute proportion avec sa faute, et peut-être, si elle est acceptée avec résignation et repentir, sera-t-elle suffisante devant Dieu pour racheter le tort moral. La société perdra-t-elle le droit de punir le voleur suivant la loi sociale ?

Notre théorie n'a pas les inconvénients de la théorie qui voit, dans la pénalité, un moyen de défense contre les dangers de l'avenir. Elle n'édicte en effet la pénalité que contre le fait accompli, la violation d'une des prescriptions du pouvoir, et elle veut seulement que le châtiment soit proportionné à l'importance sociale de la prescription.

L'infracteur de la loi sociale viole nécessairement deux devoirs, son devoir social et son devoir moral, et cela, soit que la loi sociale ne fasse que reproduire une prescription de la loi morale, soit qu'elle introduise une prescription uniquement fondée sur l'intérêt de la société, puisque cette dernière prescription est sanctionnée par la loi morale qui impose à l'homme l'ordre social. Mais la société ne doit se préoccuper que de la violation de sa loi, à elle.

La loi morale, en tant que loi morale, n'est pas sous sa sauvegarde, et elle n'a pas les éléments du compte que cette loi réclame. Sans doute les deux devoirs sont liés, et le châtiment qui expie la violation de l'un expie, dans une certaine mesure, la vio-

lation de l'autre; nous le reconnaissons volontiers : ce que nous contestons, c'est l'aptitude du pouvoir humain pour une imputation dont il n'a pas les éléments. Dieu seul est le maître et a le moyen sûr d'imputer avec exactitude l'expiation sociale sur l'expiation due à la loi morale.

Est-ce à dire que la société ne doit pas prendre en grande considération l'étendue du tort moral pour bien apprécier le tort social? Nullement. La gravité du tort moral implique, en général, la gravité du tort social. Le tort social ne se réduit pas au préjudice matériel résultant de l'infraction, à la lésion directe qu'elle opère. La mesure de ce tort est subordonnée à un grand nombre d'éléments que la conscience et la raison doivent peser; les causes impulsives de l'acte, le degré d'intelligence et de liberté de l'agent, ses habitudes ont droit à une part d'influence, parce que tout cela est de nature à modifier le caractère intentionnel de la violation du commandement.

La conscience et la raison attestent que le mal doit être rétribué par le mal; mais, selon nous, elles ne sont aptes à saisir, à indiquer que le rapport entre le mal social qui a été causé par l'infracteur de la loi humaine, et le mal social qui doit lui être infligé.

La société, on en convient, ne réprime que le mal fait à l'ordre social.

Elle ne le punit qu'au moyen d'un mal social; comment pourrait-elle être astreinte à chercher un

autre rapport que le rapport social existant entre le fait à réprimer et le moyen de répression ?

Comment serait-elle condamnée à scruter les desseins de Dieu sur l'échelle pénale céleste ?

Vainement dirait-on que la théorie éclectique ne condamne pas le pouvoir social à rechercher l'économie des degrés de cette échelle, qu'elle lui impose seulement le droit d'examiner ce qu'il ferait, lui pouvoir, sous le rapport de la répression, en n'ayant égard qu'à l'ordre moral exclusivement... s'il était Dieu...

C'est en vérité bien trop demander à la raison humaine... c'est presque lui proposer d'escalader le ciel...

M. de Broglie, dans l'excellent article que nous avons cité et dont on ne saurait trop s'inspirer, a lui-même semblé abandonner un moment la théorie contre laquelle nous proposons des objections. Il reconnaît, en effet, que le législateur peut légitimement appliquer des peines très graves à des faits qui ne sont pas directement contraires aux lois de l'ordre moral, qui ne tombent sous leurs prohibitions que médiatement et à raison des dangers qu'ils entraînent pour la société.

L'éminent publiciste admet donc que le châtiement peut se mesurer sur l'importance du devoir social violé, puisque dans les hypothèses qu'il prévoit, c'est seulement l'importance sociale du commandement qui justifie la sanction rigoureuse dont il a été armé. La violation du devoir social revêt sans doute le caractère d'une faute morale, mais par

voie de conséquence et de relation. Pourquoi rechercherait-on, à travers de laborieux efforts de divination, le degré d'expiation dû à la loi morale qui n'est atteinte que par contre-coup ? Le mal social est la cause et partant la mesure de la dette. Comment le mal moral, qui n'est ici que la dépendance du mal social, pourrait-il servir de base à la détermination de la pénalité ?

« Que penser des peines graves décernées, en
« temps ordinaire, contre la violation des règlements
« sanitaires ?

« Que penser des peines graves décernées contre
« certains délits militaires qui n'enfreignent que la
« discipline ? Nous pourrions citer encore d'autres
« exemples.

« N'y a-t-il pas là disproportion entre la sévérité
« de la peine et la frivolité de la faute ? S'il en est
« ainsi il faudrait donc réduire la peine et la rendre
« très légère. Mais si l'on rend la peine légère, elle
« deviendra illusoire ; plus de garantie pour la santé
« publique, plus de discipline dans l'armée.

« Nous présentons cette fois encore l'objection
« loyalement et dans toute sa force.

« Voici la réponse :

« Il ne faut pas confondre la criminalité substan-
« tielle d'un acte avec la culpabilité apparente ou
« réelle de l'agent auquel cet acte peut être imputé.

« Exposer toute une ville, exposer toute une pro-
« vince aux horreurs de la peste pour se procurer un
« léger passe-temps ; livrer l'armée dont on fait partie,

« livrer le pays qu'on est chargé de défendre à
« l'ennemi, afin de s'exempter d'une demi-heure de
« faction, ou telle autre faute semblable, ce sont là,
« chacun pris en soi, des actes très criminels.

« Voulez-vous vous en convaincre ?

« Figurez-vous, pour un instant, un homme ris-
« quant ainsi, en pleine connaissance de cause, la
« vie, la fortune, toute l'existence des autres hommes,
« dans un but de divertissement frivole ; un tyran
« jouant à pair ou non la vie de ses sujets ; un colon
« essayant sur ses esclaves la portée de son fusil ;
« Gessler se donnant la joie de faire abattre à Guil-
« laume-Tell une pomme sur la tête de son fis ; Néron
« mettant le feu à Rome, et chantant la ruine de Troie
« à la lueur de ce vaste incendie.

« Voilà des actes tout pareils.

« Que manque-t-il aux infractions du régime sa-
« nitaire ; que manque-t-il aux infractions à la dis-
« cipline militaire ou maritime, puisque ce sont là
« les exemples que nous avons choisis, pour inspirer
« la même indignation ?

« Une seule chose. C'est que la liaison entre l'acte
« lui-même et ses conséquences n'est pas évidente ;
« c'est qu'elle échappe aux coupables ; c'est qu'elle
« échappe au public ; c'est que le législateur, qui voit
« de haut et de loin, est seul à l'apercevoir.

« Mais ce législateur, puisqu'il la voit, ce légis-
« lateur, puisqu'il contemple sous leur vrai jour les
« actes dont il s'agit, que peut-il faire, sinon de les
« proclamer ce qu'ils sont, sinon de les signaler à

« tous les yeux avec leur vrai caractère, sinon de les
« qualifier comme ils méritent de l'être ?

« Or, son moyen de les qualifier et de les faire
« connaître, c'est précisément de les ériger en crime,
« et de les frapper d'une peine proportionnée à leur
« danger.

« Quand il l'a fait, nul ne peut plus en prétexter
« cause d'ignorance.

« Ce n'est pas assez, dira-t-on. On voit bien là
« comment la peine, en pareil cas, n'est pas substan-
« tiellement inique. Mais dans l'application, elle le
« sera toujours plus ou moins. Le législateur a beau
« avertir, le législateur a beau menacer, la conscience
« du coupable n'étant point éveillée, à l'égard d'actes
« de cette espèce, au même degré qu'à l'égard des
« autres actes criminels, en théorie, la peine pourra
« cadrer avec la nature de l'acte ; en fait, elle sera
« disproportionnée à la culpabilité de l'individu.

« Manifestement, ceci change la thèse.

« Ce n'est plus la loi qui se trouve nécessairement
« illégitime, ce sont les jugements rendus en consé-
« quence de cette loi qui risquent de l'être.

« Or, ce danger d'une certaine disproportion pos-
« sible entre la criminalité de l'acte et la culpabilité
« de l'agent, n'est point particulier à la nature de
« faits qui nous occupe ; la disproportion peut se
« trouver dans mille autres, elle est seulement ici
« plus en évidence.

« Le remède, c'est, d'une part, d'éclairer la con-
« science des hommes, et c'est ce que fait merveil-

« leusement, par exemple, l'éducation des camps à
« l'égard des délits militaires ; de l'autre, c'est de
« n'appliquer, autant que possible, que des peines
« susceptibles de gradation. » (*Revue française*, 1828,
n° de septembre, p. 57.)

M. de Broglie prétend, il est vrai, que l'agent, en commettant des infractions à la discipline militaire et au régime sanitaire, pourrait et devrait avoir conscience du mal qu'il s'expose à causer.

Qu'est-ce à dire ?

La punition n'a de droit que sur une intention prouvée, une volonté réalisée ; elle ne saurait atteindre un agent, à raison d'une intention qu'il aurait pu ou dû avoir, mais qu'enfin il n'a pas eue. Or M. de Broglie suppose, avec nous, que l'agent a bien eu la volonté de violer la consigne ou le règlement sanitaire, mais qu'il n'a pas eu, de fait, la volonté de livrer ses compagnons d'armes à l'ennemi, ou d'apporter la contagion à ses concitoyens ; la gravité de la peine ne peut donc se justifier que par l'extrême importance de la prescription. La légitimité de la sanction gît dans le caractère de l'intérêt social qu'elle est chargée de protéger.

Nous nous écartons du système de l'école éclectique, en ce que nous n'exigeons pas que la pénalité sociale ne dépasse pas le *maximum* d'expiation due à la loi morale, *maximum* qui est, pour nous, l'*inconnu*.

Nous exigeons seulement, comme condition de légitimité : 1° que la peine ne soit pas, en soi, dans sa

nature intrinsèque, immorale, comme serait l'obligation imposée à une femme de se prostituer ; 2° qu'elle soit édictée par le dépositaire de la souveraineté sociale ; 3° qu'elle sanctionne, dans l'intérêt de la société, un commandement conforme aux inspirations immédiates ou seulement médiate de l'ordre moral ; 4° qu'elle n'excède pas le degré d'intensité nécessaire pour assurer le respect de ce commandement.

Interrogées sur le point de savoir si une peine réunit ces quatre conditions, la conscience publique et la raison générale trouveront en elles-mêmes les éléments de réponse. Mais comment, sans être associées aux secrets de Dieu, pourraient-elles dire qu'une peine n'est pas en dehors des limites de la justice céleste ?

La solution que nous combattons semble supposer que toujours le pouvoir social, le législateur obtendra la grâce d'une révélation divine.

Tout cela découle de cette idée que le pouvoir humain est, dans la détermination et l'application des peines, le délégué, le mandataire conditionnel de Dieu ; « il n'usurpe pas sur le droit du Très-Haut, » dit M. de Broglie, en parlant du législateur, il le « sert au poste où il est placé, *il avance son règne sur la terre.* » (*Revue française*, 1828, n° de septembre, p. 41.)

M. Rossi est encore plus explicite lorsqu'il parle de la justice humaine : « émanation de l'ordre moral, « c'est à l'ordre moral qu'elle tend ; c'est pour leur « rappeler les principes de l'ordre moral qu'elle se

« manifeste aux hommes, et pour leur fournir le
« moyen de s'élever eux-mêmes à la source céleste
« d'où elle émane.

« Mais si telle est l'origine de la justice sociale, si
« on doit voir en elle, je dirai presque, *une délégation de la justice éternelle*, peut-on croire qu'elle
« puisse être exercée par un pouvoir humain, sans
« conditions et sans règle ? »

Que la justice humaine soit soumise à des conditions et à des règles, c'est ce que nous proclamons avec l'école éclectique : nous subordonnons la légitimité du commandement à la double condition qu'il n'enfreigne pas la loi morale et qu'il ait un intérêt social pour fondement ; mais la légitimité de la sanction n'a, pour nous, d'autre limite que la limite de l'intérêt de la société, apprécié par la raison publique dont le pouvoir est l'interprète.



TABLE.

PREMIÈRE LEÇON.

SOMMAIRE.

Prolégomènes.—Objet du Cours.—Son importance.—Ses rapports.—Ses éléments — Conditions de l'étude du Droit pénal.—Philosophie.—Histoire.—Utilité de l'histoire du Droit pénal.— Réfutation d'une opinion de Boitard. — Une question philosophique et deux questions historiques. —Ouvrages à consulter.

Question philosophique. — Qu'est-ce que le Droit pénal ? — Sa définition peut-elle être séparée de la définition du Droit en général ? — Cinq définitions rejetées. — Définition adoptée. — En quel sens le Droit est-il éternel, immuable, nécessaire ? — Le Droit, n'est-ce pas ce qui est souvent appelé le *Droit naturel* ? — De diverses définitions du *Droit naturel*. — En quoi le *Droit naturel* se différencie-t-il de la loi morale et de la loi religieuse ? — Caractère et rôle du Droit pénal. Pages. 1—26

DEUXIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Suite des Prolégomènes.—Questions historiques.—Division en cinq périodes.

1° Sources du Droit pénal du V^e au XI^e siècle : Élément ger-

manique. — Loi salique. — Loi des Ripuaires. — Loi des Burgondes. — *Lex salica emendata*. — Capitulaires.

Élément romain : *Breviarium Aniani* ; *Papiani Responsa* ; Controverse quant aux compilations de Justinien. — Droit canon : *Codex canonum Ecclesiæ universæ* ; *Corpus canonum* ou *Codex vetus Ecclesiæ Romanæ* ; Fausses décrétales.

2^e *Caractère de la loi pénale* : Était-elle territoriale ou personnelle ? — Était-ce la loi d'origine de l'offensé ou de l'offenseur qui était appliquée ? — Principe de la pénalité. — Des guerres privées. — Des limites successives apportées au droit de vengeance individuelle. — Des *Compositions*. — Du *Wehrgeld* et du *Fred.* — Régularisation, mais non suppression du droit de vengeance. — Preuves. Pages. . . 26—55

TROISIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Suite des Prolégomènes. — *Deuxième période du XI^e au XIII^e siècle.* — Ce qui la caractérise. — Fractionnement de la souveraineté. — Sa subordination à la propriété. — Cause de l'absence de sources législatives proprement dites. — Où faut-il chercher des témoignages du Droit ? — Pourquoi la loi n'était-elle, à proprement parler, ni personnelle dans le sens de la période précédente, ni territoriale dans le sens de notre territorialité actuelle ? — Pourquoi la loi pénale applicable était-elle la loi du domicile de l'agent ?

Origine de la division de la France en *Pays de Coutumes* et *Pays de Droit écrit*. — Graves altérations que subit le système des compositions.

Principe de la pénalité : Dissidence avec M. Ortolan.

Troisième période du XIII^e au XVI^e siècle. — Mouvement politique de cette période, qui se lie intimement avec le progrès des sources pénales. — Essais d'institutions générales. — Tentative de législation générale correspondante. — Principales

ordonnances qui traitent du Droit pénal. — Monuments spéciaux.

Nouveau caractère du principe de la pénalité. — L'idée de vengeance publique remplace l'idée de vengeance individuelle et l'idée accessoire de vengeance seigneuriale. — La preuve par *Gage de bataille* décline. — La poursuite d'*office* devient la règle. — Origine et développement de l'institution du ministère public.

Principe du *Ressort*. — *Cas royaux*.

Principe de la *Prévention*.

Principe de la *Compétence véritablement territoriale*. Pages..... 55—84

QUATRIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Suite des Prolégomènes. — *Quatrième période du XVI^e siècle à 1789.* — Caractère politique de cette période. — La souveraineté royale. — Dans quels actes cette souveraineté se traduisait-elle ? — *Ordonnances, édits, lettres-patentes, déclarations du roi.* — *Arrêts du conseil.* — En principe la souveraineté royale était-elle absolue ? — De l'enregistrement des Parlements. — Des *arrêts de règlement*. — Principales ordonnances sur le Droit pénal. — Du Droit romain, des Coutumes, du Droit canon comme sources du Droit pénal. — Indications bibliographiques.

L'idée de *vengeance publique* domine-t-elle le Droit pénal ? — L'idée de *vengeance divine* et l'idée d'*intimidation* ne s'introduisent-elles pas dans la législation ? — Influence de chacun des principes qui animent les sources du Droit pénal. — Témoignages des faits législatifs. — Témoignages de la science juridique. — Mouvement philosophique. Pages... 81—102

CINQUIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Suite des Prolégomènes. — Cinquième période depuis 1789. —
 Tableau résumé des monuments législatifs. — Action des
 théories politiques sur les fondements du Droit pénal. — Con-
 séquences du principe du Contrat social. — Législation de la
 Constituante. — Code du 3 brumaire an IV. — Bentham, Kant,
 de Pastoret. — Codes de l'Empire. — Exagération de M. Ler-
 minier. — Restauration. — Traces de l'influence de l'école
 éclectique. — Réforme du 28 avril 1832. — Triomphe du
 principe que la pénalité est fondée sur la justice morale li-
 mitée par l'utilité sociale. Pages. 102—118

SIXIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

*Suite des Prolégomènes. — Appréciation philosophique des di-
 vers principes assignés à la pénalité. — Pensée de vengeance
 individuelle, sociale ou divine. — Exemplarité et intimidation.
 — Contrat social. — Deux théories produites par le principe
 du contrat social. — L'une adoptée par les philosophes, l'autre
 par les jurisconsultes. — Utilité du plus grand nombre affran-
 chie de toute loi supérieure. — Droit de défense appartenant
 à la société de son chef et en dehors de toute convention.
 — Justice morale absolue. — Justice morale limitée par l'uti-
 lité sociale. — Ecole éclectique. — Objections : le principe de
 la pénalité ne doit pas être cherché en dehors de la société.
 — Il est une conséquence du droit de souveraineté inhérent
 à l'idée de la société. Pages. 118—139*

SEPTIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Explication des textes du Code pénal. — Définitions de l'*Infraction*. — Ses divisions. — Critique de MM. Rossi, Lermier, Boitard. — Réponse. — Empire de la Loi pénale comme *Loi territoriale*. — Pourquoi la Loi pénale est applicable à l'étranger en France ? — Rejet d'un motif de M. Portalis et de M. Faustin-Hélie. — Rejet d'un motif de M. Mangin. — La Loi pénale n'a-t-elle pas un caractère *personnel* ? — Droit philosophique. — Précédents législatifs et doctrinaux. — Art. 5 et 7 du Code d'instruction criminelle. — Importance de la question de principe. — La Loi pénale française peut-elle atteindre les faits de l'étranger à l'étranger ? — Droit philosophique. — Précédents. — Art. 5 du Code d'instruction criminelle. — Discussion au conseil d'État. — Ses conséquences. — Portée du principe de la *territorialité* de la Loi pénale. — Exceptions à ce principe. Pages..... 139—172

HUITIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Empire de la Loi pénale sous le rapport du temps. — Questions de rétroactivité. — Lois de fond. — Art. 4 du Code pénal. — Questions diverses. — Lois de pure forme. — Lois admettant ou rejetant un certain genre de preuve, ou changeant la majorité nécessaire pour la condamnation. — Lois de compétence. — Lois qui transportent la répression de certaines infractions d'une juridiction à une autre juridiction. — Lois qui instituent des juridictions nouvelles et même des juridictions *d'exception*. — Quelle est l'influence de la Loi nouvelle qui saisit une juridiction de la connaissance d'un certain genre

d'infractions sur les infractions déjà déferées à la juridiction ancienne ? — Lois qui introduisent ou suppriment une voie de recours. — Lois de prescription. Pages. 172—202

NEUVIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

De l'Infraction. — Pensée de l'infraction. — Consommation de l'infraction. — Degrés intermédiaires. — Droit philosophique. Art. 2 et 3 du Code pénal. — Précédents historiques.

Confusion entre le crime *tenté* et le crime *manqué*. — Objection : cinq questions : 1° la résolution criminelle manifestée par des actes extérieurs, mais inoffensive dès son principe, soit par l'impuissance intrinsèque du moyen, soit par l'impossibilité du but, est-elle punissable comme la *tentative* ou comme le crime consommé *subjectivé*, qui n'a manqué son effet que par une circonstance extrinsèque, indépendante de la volonté de l'agent et autre que l'inefficacité absolue du moyen ou le défaut d'objet ? — Hypothèses diverses de M. Rossi et de M. Rauter. — 2° Peut-on *a priori* et en pur droit, différencier les *actes simplement préparatoires* et les actes qui constituent le *commencement d'exécution* auquel la loi subordonne la criminalité de la *tentative* ? — Hypothèses diverses de MM. Rossi, Rauter, Faustin-Hélie et Chauveau. — Discussion. — 3° La *tentative* cesse-t-elle d'être punissable quand l'agent la suspend, dans la crainte d'être surpris ou sous la crainte d'une dénonciation ? — 4° A quels caractères est subordonnée la *tentative*, quand, par exception, elle est punissable en matière de délits ? — 5° La loi pénale ne punit-elle pas quelquefois, par exception, les *actes préparatoires* ? Pages. 202—235

DIXIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Art. 5. — Le Code pénal ne régit pas les infractions militaires. — Transition des dispositions préliminaires au premier livre

du Code pénal.—Ordre rationnel des matières.—Ordre légal.—Droit philosophique.—De la pénalité.—En quoi elle consiste.—Pour savoir quels biens elle peut entamer, faut-il distinguer entre les biens acquis et les biens naturels? Réfutation de la théorie qui fait cette distinction.—La peine de mort est-elle illégitime? — Principales objections des adversaires de la peine de mort.—Réponse.—Historique de la question.—Législation. — Division des peines en peines applicables aux crimes, en peines applicables aux délits, en peines applicables aux contraventions, en peines applicables à plusieurs classes d'infractions et même à toutes les classes d'infractions.—Peines afflictives et infamantes.—Peines infamantes.—Le Pouvoir a-t-il le droit de déclarer certaines peines infamantes?

Art. 7 et 8 du Code pénal.—Peines *afflictives* et *infamantes*.—Peine de mort (art. 12 et 13).—Travaux forcés à perpétuité (art. 15).—Déportation.—Code de 1810—Loi du 28 avril 1832 (art. 17).—Loi du 9 septembre 1835—Loi du 8 juin 1850 : déportation simple et déportation aggravée.—Travaux forcés à temps (art. 19). — Détention (art. 20). — Réclusion (art. 21). — Peines infamantes. — Bannissement (art. 32 et 33). — Dégradation civique (art. 34 et 35).
Pages. 235—258

ONZIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Peines accessoires en matière criminelle. — Définition. — *Mort civile.*—*Dégradation civique.* — *Interdiction légale.*—*Renvoi sous la surveillance de la haute police.*—Historique de la *mort civile.* — La *mort civile* existait-elle dans le Code de 1791 et le Code de l'an IV? — Art. 23 et 24 du Code Napoléon. — Art. 8 du Code pénal.—La *mort civile* est attachée à l'exécution de la déportation. — La détention substituée par le

pouvoir exécutif à la déportation entraîne-t-elle la *mort civile* ? — Réforme de 1832. — Réserve du droit d'accorder aux déportés l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits. — Sa vraie signification. — Propositions de 1834 et de 1849, tendant à l'abolition de la *mort civile*. — La loi du 8 juin 1850 abolit la *mort civile* partiellement. — Quel est l'effet de cette loi sur les condamnations antérieures à la déportation ? — A quelle époque la *mort civile* est-elle encourue ? — Condamnations contradictoires. — Condamnations par contumace. — Sens de l'art. 28 du Code Napoléon. — Loi du 2 janvier 1850. — Modification de l'art. 472. — Effet de la mort civile ou de l'arrestation du condamné dans la période de cinq ans depuis l'exécution fictive. — Arrestation ou comparution volontaire du condamné après les cinq ans, mais avant la prescription de la peine principale. — Mort du condamné après les cinq ans. — Art. 32 et 33 du Code Napoléon. — *Dégradation civique*. — De quel jour date-t-elle ? — Ne devrait-elle point être attachée aux peines perpétuelles ? — Elle est aujourd'hui attachée à l'irrévocabilité de la déportation simple et de la déportation aggravée. — La *dégradation civique* survit-elle à la prescription de la peine principale ? — Effet de l'arrestation ou de la comparution volontaire du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale. — Effet de la mort du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale. — Dissidence avec M. Demante. — *Interdiction légale*. — Son caractère. — Elle n'était attachée qu'à des peines temporaires. — Elle est aujourd'hui attachée à la déportation. — Commence-t-elle avant l'exécution effective de la peine ? — Art. 29 du Code pénal. — La condamnation par contumace exclut-elle l'interdiction légale ? — Dissidence avec quelques auteurs et notamment avec Boitard. — Effets de l'*interdiction légale*. — Mort du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale. — Ses effets, d'après M. Demante. — Objections. — Retour sur l'art. 27 du Code Napoléon. — Etendue de

l'incapacité résultant de l'*interdiction légale*.—Sanction de cette incapacité.—*Renvoi sous la surveillance de la haute police*.—Historique. — Code de 1810. — Avis du conseil d'Etat des 4 août et 20 septembre 1812. — Réforme du 28 avril 1832. — Questions transitoires. — Durée du *renvoi sous la surveillance de la haute police*.—Art. 49 du Code pénal.—La peine accessoire du *Renvoi sous la surveillance de la haute police* est-elle prescriptible ? —Abolition de la *marque* et du *carcan* comme peines accessoires. — Abolition de l'*exposition*. Pages. 258—287

DOUZIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Indication générale des matières de la leçon.—Peines correctionnelles.—Peines de simple police.—Peines communes à plusieurs classes d'infractions ou même à toutes les classes d'infractions.—Point de départ de la durée des peines principales.—Garantie des condamnations pécuniaires.—Peines correctionnelles.—*Emprisonnement*.—*Interdiction des droits civils, civiques et de famille* (art. 40, 41, 42 et 43 du Code pénal).—Peines de simple police (art. 464 du Code pénal).—L'*amende* et la *confiscation* ne sont pas des peines spéciales aux matières de police.—En quoi l'emprisonnement, peine de police, diffère-t-il de l'emprisonnement, peine correctionnelle ?—Peines communes à plusieurs classes d'infractions, ou même à toutes les classes d'infractions.—*Renvoi sous la surveillance de la haute police* (art. 49 et 50 du Code pénal).—*Amende* dont la quotité n'est pas déterminée.—*Quid* quand ces amendes sont écrites dans des lois spéciales antérieures à la promulgation du Code pénal ?—Distinction.—Dissidence avec quelques auteurs.—L'amende prononcée par un jugement insusceptible de recours, est-elle exécutoire contre

l'héritier ?—Confiscation spéciale (art. 41 du Code pénal).—Mort du condamné pendant que la condamnation était encore susceptible de recours.—Point de départ de la durée des peines principales (art. 23 du Code pénal).—Droit commun.—Exception de l'art. 24 du Code pénal pour les condamnations à l'emprisonnement, en cas d'emprisonnement préventif.—Difficultés sur l'art. 24.—Controverse.—Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les incidents contentieux d'exécution ?—Point controversé.

Garanties d'exécution des peines pécuniaires.—Solidarité (article 51 du Code pénal).—Contrainte par corps (art. 52 et 53 du Code pénal).—Loi du 17 avril 1832 (art. 33 à 41).—Loi du 13 décembre 1848 (art. 8, 9 et 12).—Solution sous les trois lois successives des trois questions qui dominent la matière.—Difficulté de compétence. Pages.... 287—315

TREIZIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Principe du *non cumul des peines*.—Fondement rationnel.—Rapprochement de ce principe avec le principe de l'aggravation pour récidive.—Nécessité matérielle, nécessité morale du *non cumul*.—Historique.—Ancien Droit.—Droit intermédiaire.—Art. 365 et 379, Inst. crim. ; ces articles supposent l'existence du principe, ils l'appliquent, mais n'ont pas pour objet de le consacrer ou de déterminer sa portée.—Lorsque l'infraction antérieure à l'irrévocabilité de la première condamnation, ne peut entraîner une peine plus grave que la peine prononcée, et qu'il n'y a pas pour cette infraction de complices à poursuivre, une seconde poursuite est-elle facultative ?—Controverse. — Si l'infraction antérieure à l'irrévocabilité de la première condamnation n'entraîne que la même nature de peine, y a-t-il lieu à poursuite

quand l'agent n'a pas été condamné au maximum de la peine? — Controverse. — A. quelles infractions le principe du *non cumul* des peines est-il applicable? — N'est-il applicable aux délits qu'autant que la Cour d'assises prononce la peine? — Est-il applicable aux contraventions? — Vicissitudes de la jurisprudence. — Est-il applicable aux peines accessoires? — Confusion résultant d'une erreur de terminologie. — Le principe du *non cumul* est-il applicable aux peines pécuniaires? — Quel est le caractère du principe du *non cumul*? — Est-ce une règle d'exécution qui domine et limite l'autorité de la chose jugée? — Hypothèses diverses. — Discussion. — Conclusion. — Si le principe du *non cumul* a été expressément ou tacitement violé, il n'y a de remède que dans les voies de recours et dans la grâce. Pages..... 315—342

QUATORZIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Transition de l'explication du premier livre à l'explication du second livre du Code pénal. — Conditions de l'imputabilité. — Art. 64 du Code pénal. — *Intelligence* au moment de l'infraction. — Variétés de la démence. — Démence partielle. — Ivresse. — Distinctions proposées, rejetées. — Degrés de l'ivresse. — Démence survenue depuis l'infraction ou depuis la condamnation. — *Liberté*. — La contrainte morale doit-elle être assimilée à la contrainte physique? — Le paroxysme de la passion n'est jamais réputé une contrainte morale. — Art. 327, 328 et 329 du Code pénal. — Choix de quelques questions soulevées sur ces articles. — Question de l'obéissance passive. — Question du droit de légitime défense. — La nécessité actuelle de la défense des biens n'affranchit-elle jamais l'homicide de pénalité? — C'est à l'agent qu'incombe l'obligation de renverser la présomption d'intelligence et de

liberté.—Art. 1116 et 2268 du Code Napoléon.—La bonne intention soustrait-elle l'agent à la répression?—*Quid* du consentement de la partie lésée?—La loi pénale atteint-elle l'homicide exécuté par ordre de l'homicidé?—Discussion.—Conclusion. Pages. 342—369

QUINZIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Influence de l'âge sur la présomption de responsabilité.—Minorité de seize ans —Art. 16 et 17 Code pénal ; art. 340 Instruction criminelle.—Quel est le caractère de la présomption attachée à la minorité de seize ans?—Rapprochement de cette présomption avec la présomption attachée par la loi civile à la minorité de vingt et un ans.—Pourquoi la majorité pour l'infraction précède-t-elle la majorité pour les contrats?—Différence entre la loi civile et la loi pénale.—Précédents sur l'influence de l'âge quant à la pénalité.—Théorie du Droit romain.—Théorie de l'ancienne jurisprudence.—Code pénal du 25 septembre 1791.—Code pénal de 1810.—Loi du 24 juin 1824.—Réforme du 28 avril 1832.—Influence de la minorité de seize ans sur la juridiction répressive à saisir.—Deux exceptions dans l'exception en faveur du droit commun.—Effets de la non déclaration de discernement.—Affranchissement de toute peine.—Impossibilité de tout renvoi sous la surveillance de la haute police.—Détention facultative, mais à titre de mesure d'éducation.—Loi du 5-12 août 1850.—Cette détention peut-elle être moindre d'une année?—Effets de la déclaration de discernement.—Comment se détermine la durée de l'emprisonnement correctionnel dans le cas du § 3 de l'art. 67?—Le minimum et le maximum de cette durée sont-ils le tiers et la moitié du maximum de durée de la peine écartée?—Ne sont-ils que le

liers et la moitié du minimum de cette peine ?—Art. 69 Code pénal.—Différence entre la rédaction ancienne et la rédaction nouvelle.—La minorité de seize ans a-t-elle quelque effet en matière de contravention ?—N'a-t-elle d'effet que pour les infractions prévues par le Code pénal ?—Qui doit statuer sur l'âge de l'agent en cas de contestation ?—Effets de la minorité de seize ans relativement à la contrainte par corps comme garantie des peines pécuniaires.—Art. 33 de la loi du 17 avril 1832.—Art. 9, § dernier, de la loi du 13 décembre 1848.—Cet art. 9 a-t-il un effet rétroactif ?—Distinction.—Résumé.—Minorité de seize ans tantôt cause exclusive, tantôt cause restrictive d'imputabilité.—Dans ce dernier cas constitue-t-elle une excuse ?—N'est-elle qu'une cause de mitigation de peine ?—Dissidence avec Boilard et avec d'autres jurisconsultes.—Véritable caractère des excuses.—Caractère des causes de mitigation.—Deux classes d'excuses.—Art. 321 et suivants jusqu'à l'art. 326 inclusivement du Code pénal.—Art. 100, 108, 138, 213, 284, 285 et 288.—Causes de mitigation.—Art. 16, 70, 71 et 72.—La vieillesse n'est pas une cause d'excuse.—Questions de terminologie ; leur importance.—Des mots : *excuses péremptoires* ou *faits justificatifs*, appliqués aux causes d'irresponsabilité. Pages..... 369—393

SEIZIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Circonstances atténuantes.—Leur caractère.—Pourquoi ne font-elles pas, *en matière criminelle*, l'objet d'une question au jury ?—Comment elles ont été envisagées par le législateur en 1832.—Leurs inconvénients et leurs avantages.—Esprit qui doit présider à leur application.—Le système qui fonde le droit de punir sur la justice morale, limitée par l'utilité

sociale, devait-il se borner à généraliser la faculté d'atténuation résultant des circonstances atténuantes? Ne conduisait-il pas au rétablissement des *peines arbitraires*? — Historique du système des circonstances atténuantes. — Art. 463 du Code pénal de 1810. — Loi du 24 juin 1824. — Nouvel art. 463. — N'implique-t-il pas l'existence d'une double échelle de pénalités? — Argument de la loi du 8 juin 1850. — A laquelle des échelles pénales appartient la dégradation civique? — Caractère commun des infractions auxquelles elle est appliquée? — Arrêt de la Cour de cassation. — Objection de la loi du 8 octobre 1830. — Objection de l'art. 2 de la loi du 8 juin 1850. — Loi du 10 juin 1853. — Il y a des peines communes applicables aux crimes communs ou mélangés d'éléments de crimes communs. — Il y a des peines politiques applicables aux faits purement politiques. — Effet de la déclaration de circonstances atténuantes en matière de délits. — Lorsque la loi ne prononce qu'un emprisonnement, et que la peine de l'amende y est substituée par le juge, quelle est la quotité de l'amende? — Dissidence avec quelques auteurs. — Art. 483, § 2. — A quelles peines s'applique la faculté d'atténuation de l'art. 463? — *Peines principales*. — *Peines complémentaires*. — Hypothèse des art. 100, 108, 138 et 144 du Code pénal. — L'art. 463 est-il applicable à la confiscation à titre spécial? — Lorsque le fait qualifié crime revêt, par le verdict du jury, le caractère de délit, la déclaration de circonstances atténuantes lie-t-elle la Cour d'assises? — Les circonstances atténuantes peuvent-elles être admises en cas de contumace? — Lorsque l'admission d'une excuse légale convertit la peine afflictive ou infamante en une peine correctionnelle, est-ce au jury ou à la Cour d'assises qu'appartient le droit de reconnaître l'existence des circonstances atténuantes? — *Quid*, lorsqu'un mineur de seize ans est traduit devant le jury par application de l'art. 69 du Code pénal? — Arrêt de la Cour de cassation. — Opinion d'un savant criminaliste. — Dissidence. — Le dernier paragraphe de l'art. 69 est-il ap-

pliable aux peines prononcées par les lois spéciales.	
Pages.....	393—421

DIX-SEPTIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Récidive. — Résulte-t-elle toujours d'infractions successives ? — Retour sur le principe du non cumul des peines. — Raison de l'aggravation attachée à la récidive légale. — Pourquoi cette aggravation ne va-t-elle pas toujours croissant avec le nombre des récidives ? — Lois romaines. — Ancienne jurisprudence. — Droit intermédiaire. — Code de 1810, art. 56, 57 et 58. — Réforme du 28 avril 1832. — Quelles sont les innovations de cette réforme en matière de récidive ? — Loi du 8 juin 1850. — N'a-t-elle pas modifié le § 6 de l'art. 56 ? — L'a-t-elle abrogé ? — Dissidence avec quelques auteurs. — Quatre espèces de récidives prévues. — Espèces nombreuses en dehors des textes de la loi. — Espèces dans lesquelles il n'y a pas lieu à aggravation. — Questions controversées. — L'agent condamné pour délit à plus d'un an d'emprisonnement commet un crime. — *Quid* si le crime, à raison des circonstances atténuantes, n'est puni que d'une peine correctionnelle ? — L'art. 58 est-il applicable ? — Arrêt de la Cour de cassation. — *Quid* si le crime, à raison d'une excuse, n'emporte qu'une peine correctionnelle ? — L'agent condamné pour crime à une peine correctionnelle, à raison de circonstances atténuantes, commet un second crime qui, à raison de circonstances atténuantes, n'est encore puni que d'une peine correctionnelle. — Est-ce l'art. 57 ou l'art. 58 qui régit ce cas ? — Y a-t-il même lieu à aggravation ? — Arrêt de Cassation. — Diverses théories des auteurs. — L'agent condamné à une peine afflictive et infamante qui commet un second crime n'est-il jamais affranchi de l'aggravation pour réci-

dive par l'admission des circonstances atténuantes?—Arrêt de la Cour de cassation.—Hypothèse d'un second crime puni de la dégradation civique, et, par suite de la circonstance de la récidive, du bannissement ; en cas d'admission de circonstances atténuantes, le juge peut-il élever l'emprisonnement au-dessus du maximum de cinq ans?—Dissidence avec un auteur.—Agent condamné pour crime dans le cas des art. 100, 108, 138 et 144 au renvoi sous la surveillance de la haute police, comme peine principale.—Il commet un crime passible d'une peine afflictive et infamante, y a-t-il lieu à l'aggravation de l'art. 56?—Hypothèse dans laquelle la condamnation ne peut pas recevoir son exécution.—Pourquoi cette condamnation doit être prononcée.—Arrêt de la Cour de cassation.—Quand la loi prononce cumulativement deux peines, dans le cas des art. 57 et 58, les deux peines doivent-elles être portées au maximum?—Distinction.—Sous-distinction d'un auteur repoussée.—Art. 634 du Code d'instruction criminelle.—Loi du 5 juillet 1852.—Aggravation qu'elle apporte à l'art. 634.—Anomalie.—De quel Tribunal doit émaner la condamnation pour qu'elle puisse servir de base à la récidive?—*Quid* d'une condamnation rendue à l'étranger?—*Quid* d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante prononcée sous l'empire d'une loi ancienne, lorsque la loi sous l'empire de laquelle le second crime est commis ne considère plus la première infraction que comme un délit?—Les condamnations par contumace et par défaut ont-elles le même effet que les condamnations contradictoires?—La prescription, la grâce, la réhabilitation effacent-elles la condamnation au point de vue de la récidive?—La condamnation prononcée par un Tribunal militaire ou maritime peut-elle servir de base à l'aggravation de peine pour récidive, en cas de crime ou de délit postérieur?—Est-ce le juge du fait ou le juge du droit qui statue sur l'existence de la récidive? Pages..... 421—451

DIX-HUITIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

Complicité : degrés dans l'association à l'infraction. — Participation directe, immédiate à la violation de la loi. — Participation indirecte, médiate, secondaire à cette violation. — Différence entre les *coauteurs* ou *codélinquants* et les *complices*. — Caractères essentiels des faits de *complicité*. — Droit rationnel. — L'ordonnateur du crime doit-il être considéré comme auteur principal, comme *coauteur* de l'*agent d'exécution*? — Dissidence sur ce point avec les théories en crédit. — Pourquoi la résolution et les actes préparatoires, qui ne sont pas punis, en général, chez l'*agent principal*, sont-ils punis chez l'*agent secondaire*? — Pourquoi le *complice* doit-il bénéficier du désistement de l'*agent d'exécution*? — Le *complice* est-il responsable de toutes les chances attachées à l'exécution de l'infraction? — Distinctions. — Dissidence avec des auteurs graves. — Le désistement du complice avant la consommation de l'infraction l'abrite-t-il contre la pénalité? — N'est-il efficace qu'à la condition d'avoir été notifié à l'*agent d'exécution*? — Discussion. — Rejet d'une solution trop absolue. — Le désistement postérieur à l'accomplissement de l'infraction serait sans valeur. — Les faits postérieurs à l'infraction peuvent-ils être considérés comme des faits de *complicité*? — Le complice et l'auteur principal doivent-ils être punis du même genre de peine? — Historique de la *complicité*. — Loi romaine : Trois *complicités* : *complicité réelle*, *complicité présumée*, *complicité spéciale*. — Quelques questions résolues par la loi romaine. — Lois barbares. — Ancien Droit. — Loi des 19-22 juillet 1791. — Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791. — Code de 1810. — Trois *complicités* : *complicité réelle*, *complicité présumée*, *complicité résultant de faits postérieurs à l'infraction, recel*. — Ques-

tions diverses. — Définition *limitative* des faits de complicité. — Conséquence. — Les faits élémentaires de la participation comme *coauteur* ne sont pas définis. — Conséquence. Pages..... 451-475

DIX-NEUVIÈME LEÇON.

SOMMAIRE.

A quelles conditions la complicité peut-elle être punie ? — Nécessité de l'existence d'un fait ou d'une tentative punissable. — Crime. — Délit. — La complicité est-elle admise en matière de contravention ? — Le complice peut être puni, bien que l'auteur principal soit absent, inconnu ou acquitté. — *Quid*, si l'agent principal est irresponsable à raison de son âge ou de son état de démence ? — La complicité du suicide est-elle punissable ? — Le complice profite-t-il de l'immunité que l'agent d'exécution puise dans l'art. 380 du Code pénal ? — Dissidence avec la jurisprudence. — *Quid* du coauteur ? — Crimes commis à l'étranger — Les faits de complicité commis en France sont-ils punissables ? — Hypothèse inverse. — Crimes commis en France. — Faits de complicité à l'étranger. — Distinction. — Le complice est étranger. — Il n'est pas punissable par la loi française. — Le complice est Français. — Faut-il distinguer le cas où le crime a été commis en France, au préjudice d'un Français, et le cas où il a été commis au préjudice d'un étranger ? — Discussion. — De quelle peine les faits de complicité sont-ils punissables ? — Sens des mots : *de la même peine que les auteurs mêmes du crime ou du délit*. — Pourquoi le complice est-il puni à raison de la circonstance aggravante de l'infraction qu'il n'a pas connue ? — Réponse aux critiques. — Observations de M. Target. — Passage extrait de l'ouvrage de M. Rossi. — Appréciation. — Exceptions en matière de recel. — Le complice est-il passible de l'aggravation résultant

d'une qualité personnelle à l'auteur de l'infraction ? — Dissidence avec quelques auteurs. — La qualité de l'auteur principal réagit-elle sur le coauteur ? — *Quid*, si la qualité aggravante de l'auteur principal a été ignorée du complice ? — Dissidence avec un auteur. — Condition de la réaction. — Pourquoi le complice ne subit-il pas l'aggravation résultant de la récidive de l'agent d'exécution ? — La qualité personnelle du complice est-elle une cause d'aggravation de la pénalité ? — Distinction. — Le complice bénéficie-t-il des excuses qui protègent l'agent d'exécution ? Pages. 475—495

APPENDICE.

Etude sur le droit de punir. Page.

497



FIN.

DU MÊME AUTEUR :

De l'hypothèque légale des femmes mariées, sur les conquêts de la communauté. Monographie; brochure in-8°. 3 fr.

De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, étude critique; brochure in-8°. 4 fr.

Les Codes de l'empire français, précédés de la constitution de 1852, édition clichée, tenue toujours au courant des changements de la législation, par M. TEULET, avocat à la Cour impériale; nouvelle édition, renfermant dans le contexte même des articles les dénominations nouvelles, ainsi que toutes les dispositions aujourd'hui en vigueur, 1854. — 1 beau vol. in-8°, imprimé sur papier collé. 8 fr.

Les mêmes. — 1 vol. in-18, caractères neufs. 5 fr.

Les mêmes. — 1 joli vol. in-32 (format de poche). 5 fr.

Les Codes français annotés, offrant sous chaque article, l'état complet de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation, par MM. TEULET et d'AUVILLIERS, avocats à la Cour impériale de Paris, et M. SULPICI, procureur impérial; nouvelle édition 1850. — 2 vol. in-4°. 40 fr.

Commentaires sur le Code Napoléon, contenant l'explication de chaque article séparément, l'énonciation au bas du commentaire des questions qu'il a fait naître, les principales raisons de décider *pour* ou *contre*, etc., par M. BOILEUX, juge à Blois; 6^e édit., considérablement augmentée. — 6 v. in-8°. 45 fr.

Dictionnaire de procédure civile et commerciale, contenant la jurisprudence, l'opinion des auteurs, les usages du Palais, le timbre et l'enregistrement des actes, leur tarif, leurs formules, etc., par M. BROCHE, docteur en droit; 3^e édition, revue, corrigée et augmentée, 1850-1852. — 6 vol. in-8. 48 fr.

Nouveau Formulaire de procédure civile, commerciale et criminelle, nouvelle édition, etc., par le même. — 1 vol. in-8, 1852. 7 fr. 50 c.

Dictionnaire des Juges de paix et de police, ou Manuel théorique et pratique en matière civile, criminelle et administrative, par le même. — 2 vol. in-8. 16 fr.

Traité des Délits et Contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse, par M. CHASSAN, premier avocat général à Rouen; 2^e édition. — 3 vol. in-8, 1851. 20 fr.

De la Discipline judiciaire, considérée dans ses rapports avec les juges, le ministère public, les notaires, les avoués, les huissiers et autres officiers ministériels, par M. CARNOT, conseiller à la Cour de cassation. — 1 vol. in-8. 5 fr.

Manuel complet de Médecine légale, par MM. BRIAND, CHAUDÉ et GAULTIER DE CLABRY; 5^e édition. — 1 vol. in-8. 40 fr.

Réquisitoires, Plaidoyers et Discours de Rentrée, prononcés par M. DUPIN, procureur général à la Cour de cassation, avec le texte des arrêts, depuis 1830 jusqu'en 1851 inclusivement. — 11 vol. in-8. 70 fr.

PREMIERE LECON. SOMMAIRE.

Prolégomènes. - Objet du Cours. - Son importance. - Ses rapports. - Ses éléments - Conditions de l'étude du Droit pénal. - Philosophie. - Histoire. - Utilité de l'histoire du Droit pénal. - Réfutation d'une opinion de Boitard. - Une question philosophique et deux questions historiques. - Ouvrages à consulter.
Question philosophique. - Qu'est-ce que le Droit pénal? - Sa définition peut-elle être séparée de la définition du Droit en général? - Cinq définitions rejetées. - Définition adoptée. - En quel sens le Droit est-il éternel, immuable, nécessaire? - Le Droit, n'est-ce pas ce qui est souvent appelé le *Droit naturel*? - De diverses définitions du *Droit naturel*. - En quoi le Droit naturel se différencie-t-il de la loi morale et de la loi religieuse? - Caractère et rôle du Droit pénal. Pages

DEUXIEME LECON. SOMMAIRE.

Suite des Prolégomènes. - *Questions historiques.* - Division en cinq périodes.
1° Sources du Droit pénal du V^e au XI^e siècle: Elément germanique. - Loi salique. - Loi des Ripuaires. - Loi des Burgondes. - *Lex salica emendata.* - Capitulaires. Elément romain: *Breviarum Aniani; Papiani Responsa;* Controverse quant aux compilations de Justinien. - Droit canon: *Codex canonum Ecclesioe universoe; Corpus canonum ou Codex vetus Ecclesioe Roman;* Fausses décrétales.
2° Caractère de la loi pénale: Etait-elle *territoriale* ou *personnelle*? - Etait-ce la loi d'origine de l'offensé ou de l'offenseur qui était appliquée? - Principe de la pénalité. - Des guerres privées. - Des limites successives apportées au droit de *vengeance individuelle.* - Des *Compositions.* - Du *Wehrgeld* et du *Fred.* - Régularisation, mais non suppression du droit de vengeancee. - Preuves.

TROISIEME LECON. SOMMAIRE.

Suite des Prolégomènes. - *Deuxième période du XI^e au XIII^e siècle.* - Ce qui la caractérise. - Fractionnement de la souveraineté. - Sa subordination à la propriété. - Cause de l'absence de sources législatives proprement dites. - Où faut-il chercher des témoignages du Droit? - Pourquoi la loi n'était-elle, à proprement parler, ni personnelle dans le sens de la période précédente, ni *terrienne* dans le sens de notre *territorialité* actuelle? - Pourquoi la loi pénale applicable était-elle la loi du domicile de l'agent? Origine de la division de la France en *Pays de Coutumes* et *Pays de Droit écrit.* - Graves altérations que subit le système des compositions.
Principe de la pénalité: Dissidence avec M. Ortolan.
Troisième période du XIII^e au XVI^e siècle. - Mouvement politique de cette période. qui se lie intimement avec le progrès des sources pénales. - Essais d'institutions générales. - Tentative de législation générale correspondante. - Principales ordonnances qui traitent du Droit pénal. - Monuments spéciaux. Nouveau caractère du principe de la pénalité. - L'idée de vengeance publique remplace l'idée de vengeance individuelle et l'idée accessoire de vengeance seigneuriale. - La preuve par *Gage de bataille* décline. - La poursuite d'*office* devient la règle. - Origine et développement de l'institution du ministère public.
Principe du Ressort. - *Cas royaux.*
Principe de la Prévention.
Principe de la Compétence véritablement territoriale.

SOMMAIRE. QUATRIEME LECON.

Suite des Prolégomènes. - *Quatrième période du XVI^e siècle à 1789.* - Caractère politique de cette période. - La souveraineté royale. - Dans quels actes cette souveraineté se traduisait-elle? - *Ordonnances, édits, lettres-patentes, déclarations du roi.* - *Arrêts du conseil.* - En principe la souveraineté royale était-elle absolue? - De l'enregistrement des Parlements. - Des *arrêts de règlement.* - Principales ordonnances sur le Droit pénal. - Du Droit romain, des Coutumes, du Droit canon comme sources du Droit pénal. - Indications bibliographiques. L'idée de *vengeance publique* domine-t-elle le Droit pénal? - L'idée de *vengeance divine* et l'idée d'*intimidation* ne s'introduisent-elles pas dans la législation? - Influence de chacun des principes qui animent les sources du Droit pénal. Témoignages des faits législatifs. - Témoignages de la science juridique. - Mouvement philosophique.

SOMMAIRE. CINQUIEME LECON.

Suite des Prolégomènes. - *Cinquième période depuis 1789.* - Tableau résumé des monuments législatifs. - Action des théories politiques sur les fondements du Droit pénal. - Conséquences du principe du Contrat social. - Législation de la Constituante. - Code du 3 brumaire an IV. - Bentham, Kant, de Pastoret. - Codes de l'Empire. - Exagération de M. Lermnier. - Restauration. - Traces de l'influence de l'école éclectique. - Réforme du 28 avril 1832. - Triomphe du principe que la pénalité est fondée sur la justice morale limitée par l'utilité sociale. Pages

SOMMAIRE. SIXIEME LECON.

Suite des Prolégomènes. - Appréciation philosophique des divers principes assignés à la pénalité. - Pensée de vengeance *individuelle, sociale* ou *divine.* - *Exemplarité et intimidation.* - *Contrat social.* - Deux théories produites par le principe du *contrat social.* - L'une adoptée par les philosophes, l'autre par les jurisconsultes. - *Utilité du plus grand nombre affranchie de toute loi supérieure.* - Droit de *défense* appartenant à la société de son chef et en dehors de toute convention. - *Justice morale absolue.* - *Justice morale limitée par l'utilité sociale.* - Ecole éclectique. - Objections: le principe de la pénalité ne doit pas être cherché en dehors de la société. - Il est une conséquence du droit de souveraineté inhérent à l'idée de la société.

SEPTIEME LECON. SOMMAIRE.

Explication des textes du Code pénal. - Définitions de l'*Infraction.* - Ses divisions. - Critique de MM. Rossi, Lermnier, Boitard. - Réponse. - Empire de la Loi pénale comme *Loi territoriale.* - Pourquoi la Loi pénale est applicable à l'étranger en France? - Rejet d'un motif de M. Portalis et de M. Faustin-Hélie. - Rejet d'un motif de M. Mangin. - La Loi pénale n'a-t-elle pas un caractère *personnel*? - Droit philosophique. - Précédents législatifs et doctrinaux. - Art. 5 et 7 du Code d'instruction criminelle. - Importance de la question de principe. - La Loi pénale française peut-elle atteindre les faits de l'étranger à l'étranger? - Droit philosophique. - Précédents. - Art. 5 du Code d'instruction criminelle. - Discussion au conseil d'Etat. - Ses conséquences. - Portée du principe de la *territorialité* de la Loi pénale. - Exceptions à ce principe.

HUITIEME LECON. SOMMAIRE.

Empire de la Loi pénale sous le rapport du temps. - Questions de rétroactivité. - Lois de fond. - Art. 4 du Code pénal. - Questions diverses. - Lois de pure forme. - Lois admettant ou rejetant un certain genre de preuve, ou changeant la majorité nécessaire pour la condamnation. - Lois de compétence. - Lois qui transportent la répression de certaines infractions d'une juridiction à une autre juridiction. - Lois qui instituent des juridictions nouvelles et même des juridictions *d'exception.* - Quelle est l'influence de la Loi nouvelle qui saisit une juridiction de la connaissance d'un certain genre d'infractions sur les infractions déjà déferées à la juridiction ancienne? - Lois qui introduisent ou suppriment une voie de recours. - Lois de prescription.

NEUVIEME LECON. SOMMAIRE.

De l'Infraction. - Pensée de l'infraction. - Consommation de l'infraction. - Degrés intermédiaires. - Droit philosophique. Art. 2 et 3 du Code pénal. - Précédents historiques. Confusion entre le crime *tenté* et le crime *manqué.* - Objection: cinq questions: 1° la résolution criminelle manifestée par des actes extérieurs, mais inoffensive dès son principe, soit par l'impuissance intrinsèque du moyen, soit par l'impossibilité du but, est-elle punissable comme la *tentative* ou comme le crime consommé *subjectivé*, qui n'a manqué son effet que par une circonstance extrinsèque, indépendante de la volonté de l'agent et autre que l'inefficacité absolue du moyen ou le défaut d'objet? - Hypothèses diverses de M. Rossi et de M. Rauter. - 2° Peut-on a priori et en pur droit, différencier les *actes simplement préparatoires* et les actes qui constituent le commencement d'*exécution* auquel la loi subordonne la criminalité de la *tentative*? - Hypothèses diverses de MM. Rossi, Rauter, Faustin-Hélie et Chauveau. - Discussion. - 3° La *tentative* cesse-t-elle d'être punissable quand l'agent la suspend, dans la crainte d'être surpris ou sous la crainte d'une dénonciation? - 4° A quels caractères est subordonnée la tentative, quand, par exception, elle est punissable en matière de délits? - 5° La loi pénale ne punit-elle pas quelquefois, par exception, les *actes préparatoires*?

DIXIEME LECON. SOMMAIRE.

Art. 5. - Le Code pénal ne régit pas les infractions militaires. - Transition des dispositions préliminaires au premier livre du Code pénal. - Ordre rationnel des matières. - Ordre légal. - Droit philosophique. - De la pénalité. - En quoi elle consiste. - Pour savoir quels biens elle peut entamer, faut-il distinguer entre les biens acquis et les biens naturels? Réfutation de la théorie qui fait cette distinction. - La peine de mort est-elle illégitime? - Principales objections des adversaires de la peine de mort. - Réponse. - Historique de la question. - Législation. - Division des peines en peines applicables aux crimes, en peines applicables aux délits, en peines applicables aux contraventions, en peines applicables à plusieurs classes d'infractions et même à toutes les classes d'infractions. - Peines afflictives et infamantes. - Peines infamantes. - Le Pouvoir a-t-il le droit de déclarer certaines peines infamantes?
Art. 7 et 8 du Code pénal. - Peines *afflictives et infamantes.* - Peine de mort (art. 12 et 13). - Travaux forcés à perpétuité (art. 15). - Déportation. - Code de 1810 - Loi du 28 avril 1832 (art. 17). - Loi du 9 septembre 1835 - Loi du 8 juin 1850: déportation simple et déportation aggravée. - Travaux forcés à temps (art. 19). - Détention (art. 20). - Réclusion (art. 21). - Peines infamantes. - Bannissement (art. 32 et 33). - Dégradation civique (art. 34 et 35).

ONZIEME LECON. SOMMAIRE.

Peines accessoires en matière criminelle. - Définition. - *Mort civile.* - *Dégradation civique.* - *Interdiction légale.* - *Renvoi sous la surveillance de la haute police.* - Historique de la *mort civile.* - La *mort civile* existait-elle dans le Code de 1791 et le Code de l'an IV? - Art. 23 et 24 du Code Napoléon. - Art. 8 du Code pénal. - La mort civile est attachée à l'exécution de la déportation. - La détention substituée par le pouvoir exécutif à la déportation entraîne-t-elle la mort civile? - Réforme de 1832. - Réserve du droit d'accorder aux déportés l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits. - Sa vraie signification. - Propositions de 1834 et de 1849, tendant à l'abolition de la mort civile. - La loi du 8 juin 1850 abolit la *mort civile* partiellement. - Quel est l'effet de cette loi sur les condamnations antérieures à la déportation? - A quelle époque la mort civile est-elle encourue? - Condamnations contradictoires. - Condamnations par contumace. - Sens de l'art. 28 du Code Napoléon. - Loi du 2 janvier 1850. - Modification de l'art. 472. - Effet de la mort civile ou de l'arrestation du condamné dans la période de cinq ans depuis l'exécution fictive. - Arrestation ou comparution volontaire du condamné après les cinq ans, mais avant la prescription de la peine principale. - Mort du condamné après les cinq ans. - Art. 32 et 33 du Code Napoléon. - *Dégradation civique.* - De quel jour date-t-elle? - Ne devrait-elle point être attachée aux peines perpétuelles? - Elle est aujourd'hui attachée à l'irrévocabilité de la déportation simple et de la déportation aggravée. - La *dégradation civique* survit-elle à la prescription de la peine principale? - Effet de l'arrestation ou de la comparution volontaire du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale. - Effet de la mort du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale. - Dissidence avec M. Demante. - *Interdiction légale.* - Son caractère. - Elle n'était attachée qu'à des peines temporaires. - Elle est aujourd'hui attachée à la déportation. - Commence-t-elle avant l'exécution effective de la peine? - Art. 29 du Code pénal. - La condamnation par contumace exclut-elle l'interdiction légale? - Dissidence avec quelques auteurs et notamment avec Boitard. - Effets de l'*interdiction légale.* - Mort du condamné par contumace avant la prescription de la peine principale. - Ses effets, d'après M. Demante. - Objections. - Retour sur l'art. 27 du Code Napoléon. - Etendue de l'incapacité résultant de l'*interdiction légale.* - Sanction de cette incapacité. - *Renvoi sous la surveillance de la haute police.* - Historique. - Code de 1810. - Avis du conseil d'Etat des 4 août et 20 septembre 1812. - Réforme du 28 avril 1832. - Questions transitoires. - Durée du renvoi sous la surveillance de la haute police. - Art. 49 du Code pénal. - La peine accessoire du *Renvoi sous la surveillance de la haute police* est-elle prescriptible? - Abolition de la *marque* et du *carcan* comme peines accessoires. - Abolition de l'*exposition.*

DOUZIEME LECON. SOMMAIRE.

Indication générale des matières de la leçon. - Peines correctionnelles. - Peines de simple police. - Peines communes à plusieurs classes d'infractions ou même à toutes les classes d'infractions. - Point de départ de la durée des peines principales. - Garantie des condamnations pécuniaires. - Peines correctionnelles. - *Emprisonnement.* - *Interdiction des droits civils, civiques et de famille* (art. 40, 41, 42 et 43 du Code pénal). - Peines de simple police (art. 464 du Code pénal). - L'*amende* et la *confiscation* ne sont pas des peines spéciales aux matières de police. - En quoi l'emprisonnement, peine de police, diffère-t-il de l'emprisonnement, peine correctionnelle? - Peines communes à plusieurs classes d'infractions, ou même à toutes les classes d'infractions. - *Renvoi sous la surveillance de la haute police* (art. 49 et 50 du Code pénal). Amende dont la quotité n'est pas déterminée. - *Quid* quand ces amendes sont écrites dans des lois spéciales antérieures à la promulgation du Code pénal? - Distinction. - Dissidence avec quelques auteurs. - L'amende prononcée par un jugement insusceptible de recours, est-elle exécutoire contre l'héritier? - Confiscation spéciale (art. 11 du Code pénal). - Mort du condamné pendant que la condamnation était encore susceptible de recours. - Point de départ de la durée des peines principales (art. 23 du Code pénal). - Droit commun. - Exception de l'art. 24 du Code pénal pour les condamnations à l'emprisonnement, en cas d'emprisonnement préventif. - Difficultés sur l'art. 24. - Controverse. - Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les incidents contentieux d'exécution? - Point controversé.

Garanties d'exécution des peines pécuniaires. - Solidarité (article 51 du Code pénal). - Contrainte par corps (art. 52 et 53 du Code pénal). - Loi du 17 avril 1832 (art. 33 à 41). - Loi du 13 décembre 1848 (art. 8, 9 et 12). - Solution sous les trois lois successives des trois questions qui dominent la matière. - Difficulté de compétence.

TREIZIEME LECON. SOMMAIRE.

Principe du *non cumul des peines*. - Fondement rationnel. - Rapprochement de ce principe avec le principe de l'aggravation pour récidive. - Nécessité matérielle, nécessité morale du *non cumul*. - Historique. - Ancien Droit. - Droit intermédiaire. - Art. 365 et 379, Inst. crim.; ces articles supposent l'existence du principe, ils l'appliquent, mais n'ont pas pour objet de le consacrer ou de déterminer sa portée. - Lorsque l'infraction antérieure à l'irrévocabilité de la première condamnation, ne peut entraîner une peine plus grave que la peine prononcée, et qu'il n'y a pas pour cette infraction de complices à poursuivre, une seconde poursuite est-elle facultative? - Controverse. - Si l'infraction antérieure à l'irrévocabilité de la première condamnation n'entraîne que la même nature de peine, y a-t-il lieu à poursuite quand l'agent n'a pas été condamné au maximum de la peine? - Controverse. - A quelles infractions le principe du *non cumul* des peines est-il applicable? - N'est-il applicable aux délits qu'autant que la Cour d'assises prononce la peine? - Est-il applicable aux contraventions? - Vicissitudes de la jurisprudence. - Est-il applicable aux peines accessoires? - Confusion résultant d'une erreur de terminologie. - Le principe du non cumul est-il applicable aux peines pécuniaires? - Quel est le caractère du principe du *non cumul*? - Est-ce une règle d'exécution qui domine et limite l'autorité de la chose jugée? - Hypothèses diverses. - Discussion. - Conclusion. - Si le principe du *non cumul* a été expressément ou tacitement violé, il n'y a de remède que dans les voies de recours et dans la grâce.

QUATORZIEME LECON. SOMMAIRE.

Transition de l'explication du premier livre à l'explication du second livre du Code pénal. - Conditions de l'imputabilité. - Art. 64 du Code pénal. - *Intelligence* au moment de l'infraction. - Variétés de la démence. - Démence partielle. - Ivresse. - Distinctions proposées, rejetées. - Degrés de l'ivresse. - Démence survenue depuis l'infraction ou depuis la condamnation. - *Liberté*. - La contrainte morale doit-elle être assimilée à la contrainte physique? - Le paroxysme de la passion n'est jamais réputé une contrainte morale. - Art. 327, 328 et 329 du Code pénal. - Choix de quelques questions soulevées sur ces articles. - Question de l'obéissance passive. - Question du droit de légitime défense. - La nécessité actuelle de la défense des biens n'affranchit-elle jamais l'homicide de pénalité? - C'est à l'agent qu'incombe l'obligation de renverser la présomption d'intelligence et de liberté. - Art. 1116 et 2268 du Code Napoléon. - La bonne intention soustrait-elle l'agent à la répression? - *Quid* du consentement de la partie lésée? - La loi pénale atteint-elle l'homicide exécuté par ordre de l'homicidé? - Discussion. - Conclusion.

QUINZIEME LECON. SOMMAIRE.

Influence de l'âge sur la présomption de responsabilité. - Minorité de seize ans - Art. 16 et 17 Code pénal; art. 340 Instruction criminelle. - Quel est le caractère de la présomption attachée à la minorité de seize ans? - Rapprochement de cette présomption avec la présomption attachée par la loi civile à la minorité de vingt et un ans. - Pourquoi la majorité pour l'infraction précède-t-elle la majorité pour les contrats? - Différence entre la loi civile et la loi pénale. - Précédents sur l'influence de l'âge quant à la pénalité. - Théorie du Droit romain. - Théorie de l'ancienne jurisprudence. - Code pénal du 25 septembre 1791. - Code pénal de 1810. - Loi du 24 juin 1824. - Réforme du 28 avril 1832. - Influence de la minorité de seize ans sur la juridiction répressive à saisir. - Deux exceptions dans l'exception en faveur du droit commun. - Effets de la non déclaration de discernement. - Affranchissement de toute peine. - Impossibilité de tout renvoi sous la surveillance de la haute police. - Détention facultative, mais à titre de mesure d'éducation. - Loi du 5-12 août 1850. - Cette détention peut-elle être moindre d'une année? - Effets de la déclaration de discernement. - Comment se détermine la durée de l'emprisonnement correctionnel dans le cas du § 3 de l'art. 67? - Le minimum et le maximum de cette durée sont-ils le tiers et la moitié du maximum de durée de la peine écartée? - Ne sont-ils que le tiers et la moitié du minimum de cette peine? - Art. 69 Code pénal. - Différence entre la rédaction ancienne et la rédaction nouvelle. - La minorité de seize ans a-t-elle quelque effet en matière de contravention? - N'a-t-elle d'effet que pour les infractions prévues par le Code pénal? - Qui doit statuer sur l'âge de l'agent en cas de contestation? - Effets de la minorité de seize ans relativement à la contrainte par corps comme garantie des peines pécuniaires. - Art. 33 de la loi du 17 avril 1832. - Art. 9, § dernier, de la loi du 13 décembre 1848. - Cet art. 9 a-t-il un effet rétroactif? - Distinction. - Résumé. - Minorité de seize ans tantôt cause exclusive, tantôt cause restrictive d'imputabilité. - Dans ce dernier cas constitue-t-elle une excuse? - N'est-elle qu'une cause de mitigation de peine? - Dissidence avec Boitard et avec d'autres jurisconsultes. - Véritable caractère des excuses. - Caractère des causes de mitigation. - Deux classes d'excuses. - Art. 321 et suivants jusqu'à l'art. 326 inclusivement du Code pénal. - Art. 100, 108, 138, 213, 284, 285 et 288. - Causes de mitigation. - Art. 16, 70, 71 et 72. - La vieillesse n'est pas une cause d'excuse. - Questions de terminologie; leur importance. - Des mots: *excuses péremptoires* ou *faits justificatifs*, appliqués aux causes d'irresponsabilité.

SOMMAIRE. SEIZIEME LECON.

Circonstances atténuantes. - Leur caractère. - Pourquoi ne font-elles pas, en *matière criminelle*, l'objet d'une question au jury? - Comment elles ont été envisagées par le législateur en 1832. - Leurs inconvénients et leurs avantages. - Esprit qui doit présider à leur application. - Le système qui fonde le droit de punir sur la justice morale, limitée par l'utilité sociale, devait-il se borner à généraliser la faculté d'atténuation résultant des circonstances atténuantes? Ne conduisait-il pas au rétablissement des *peines arbitraires*? - Historique du système des circonstances atténuantes. - Art. 463 du Code pénal de 1810. - Loi du 24 juin 1824. - Nouvel art. 463. - N'implique-t-il pas l'existence d'une double échelle de pénalités? - Argument de la loi du 8 juin 1850. - A laquelle des échelles pénales appartient la dégradation civique? - Caractère commun des infractions auxquelles elle est appliquée? - Arrêt de la Cour de cassation. - Objection de la loi du 8 octobre 1830. - Objection de l'art. 2 de la loi du 8 juin 1850. - Loi du 10 juin 1853. - Il y a des peines communes applicables aux crimes communs ou mélangés d'éléments de crimes communs. - Il y a des peines politiques applicables aux faits purement politiques. - Effet de la déclaration de circonstances atténuantes en matière de délits. - Lorsque la loi ne prononce qu'un emprisonnement, et que la peine de l'amende y est substituée par le juge, quelle est la quotité de l'amende? - Dissidence avec quelques auteurs. - Art. 483, § 2. - A quelles peines s'applique la faculté d'atténuation de l'art. 463? - *Peines principales*. - *Peines complémentaires*. - Hypothèse des art. 100, 108, 138 et 144 du Code pénal. - L'art. 463 est-il applicable à la confiscation à titre spécial? - Lorsque le fait qualifié crime revêt, par le verdict du jury, le caractère de délit, la déclaration de circonstances atténuantes lie-t-elle la Cour d'assises? - Les circonstances atténuantes peuvent-elles être admises en cas de contumace? - Lorsque l'admission d'une excuse légale convertit la peine afflictive ou infamante en une peine correctionnelle, est-ce au jury ou à la Cour d'assises qu'appartient le droit de reconnaître l'existence des circonstances atténuantes? - *Quid*, lorsqu'un mineur de seize ans est traduit devant le jury par application de l'art. 69 du Code pénal? - Arrêt de la Cour de cassation. - Opinion d'un savant criminaliste. - Dissidence. - Le dernier paragraphe de l'art. 69 est-il applicable aux peines prononcées par les lois spéciales.

SOMMAIRE. DIX-SEPTIEME LECON.

Récidive. - Résulte-t-elle toujours d'infractions successives? - Retour sur le principe du non cumul des peines. - Raison de l'aggravation attachée à la récidive légale. - Pourquoi cette aggravation ne va-t-elle pas toujours croissant avec le nombre des récidives? - Lois romaines. - Ancienne jurisprudence. - Droit intermédiaire. - Code de 1810, art. 56, 57 et 58. - Réforme du 28 avril 1832. - Quelles sont les innovations de cette réforme en matière de récidive? - Loi du 8 juin 1850. - N'a-t-elle pas modifié le § 6 de l'art. 56? - L'a-t-elle abrogé? - Dissidence avec quelques auteurs. - Quatre espèces de récidives prévues. - Espèces nombreuses en dehors des textes de la loi. - Espèces dans lesquelles il n'y a pas lieu à aggravation. - Questions controversées. - L'agent condamné pour délit à plus d'un an d'emprisonnement commet un crime. - *Quid* si le crime, à raison des circonstances atténuantes, n'est puni que d'une peine correctionnelle? - L'art. 58 est-il applicable? - Arrêt de la Cour de cassation. - *Quid* si le crime, à raison d'une excuse, n'emporte qu'une peine correctionnelle? - L'agent condamné pour crime à une peine correctionnelle, à raison de circonstances atténuantes, commet un second crime qui, à raison de circonstances atténuantes, n'est encore puni que d'une peine correctionnelle. - Est-ce l'art. 57 ou l'art. 58 qui régit ce cas? - Y a-t-il même lieu à aggravation? - Arrêt de Cassation. - Diverses théories des auteurs. - L'agent condamné à une peine afflictive et infamante qui commet un second crime n'est-il jamais affranchi de l'aggravation pour récidive par l'admission des circonstances atténuantes? - Arrêt de la Cour de cassation. - Hypothèse d'un second crime puni de la dégradation civique, et, par suite de la circonstance de la récidive, du bannissement; en cas d'admission de circonstances atténuantes, le juge peut-il élever l'emprisonnement au-dessus du maximum de cinq ans? - Dissidence avec un auteur. - Agent condamné pour crime dans le cas des art. 100, 108, 138 et 144 au renvoi sous la surveillance de la haute police, comme peine principale. - Il commet un crime passible d'une peine afflictive et infamante, y a-t-il lieu à l'aggravation de l'art. 56? - Hypothèse dans laquelle la condamnation ne peut pas recevoir son exécution. - Pourquoi cette condamnation doit être prononcée. - Arrêt de la Cour de cassation. - Quand la loi prononce cumulativement deux peines, dans le cas des art. 57 et 58, les deux peines doivent-elles être portées au maximum? - Distinction. - Sous-distinction d'un auteur repoussée. - Art. 634 du Code d'instruction criminelle. - Loi du 5 juillet 1852. - Aggravation qu'elle apporte à l'art. 634. - Anomalie. - De quel Tribunal doit émaner la condamnation pour qu'elle puisse servir de base à la récidive? - *Quid* d'une condamnation rendue à l'étranger? - *Quid* d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante prononcée sous l'empire d'une loi ancienne, lorsque la loi sous l'empire de laquelle le second crime est commis ne considère plus la première infraction que comme un délit? - Les condamnations par contumace et par défaut ont-elles le même effet que les condamnations contradictoires? - La prescription, la grâce, la réhabilitation effacent-elles la condamnation au point de vue de la récidive? - La condamnation prononcée par un Tribunal militaire ou maritime peut-elle servir de base à l'aggravation de peine pour récidive, en cas de crime ou de délit postérieur? - Est-ce le juge du fait ou le juge du droit qui statue sur l'existence de la récidive? Pages

DIX-HUITIEME LECON. SOMMAIRE.

Complicité: degrés dans l'association à l'infraction. - Participation directe, immédiate à la violation de la loi. - Participation indirecte, médiate, secondaire à cette violation. - Différence entre les *coauteurs* ou *codélinquants* et les *complices*. - Caractères essentiels des faits de *complicité*. - Droit rationnel. - L'ordonnateur du crime doit-il être considéré comme auteur principal, comme coauteur de l'*agent d'exécution*? - Dissidence sur ce point avec les théories en crédit. - Pourquoi la résolution et les actes préparatoires, qui ne sont pas punis, en général, chez l'*agent principal*, sont-ils punis chez l'*agent secondaire*? - Pourquoi le *complice* doit-il bénéficier du désistement de l'*agent d'exécution*? - Le *complice* est-il responsable de toutes les chances attachées à l'exécution de l'infraction? - Distinctions. - Dissidence avec des auteurs graves. - Le désistement du complice avant la consommation de l'infraction l'abrite-t-il contre la pénalité? - N'est-il efficace qu'à la condition d'avoir été notifié à l'agent d'exécution? - Discussion. - Rejet d'une solution trop absolue. - Le désistement postérieur à l'accomplissement de l'infraction serait sans valeur. - Les faits postérieurs à l'infraction peuvent-ils être considérés comme des faits de complicité? - Le complice et l'auteur principal doivent-ils être punis du même genre de peine? - Historique de la complicité. - Loi romaine: Trois complicités: complicité réelle, complicité *présumée*, complicité *spéciale*. - Quelques questions résolues par la loi romaine. - Lois barbares. - Ancien Droit. - Loi des 19-22 juillet 1791. - Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791. - Code de 1810. - Trois complicités: complicité *réelle*, complicité *présumée*, complicité *résultant de faits postérieurs à l'infraction, recel*. - Questions diverses. - Définition *limitative* des faits de complicité. - Conséquence. - Les faits élémentaires de la participation comme *coauteur* ne sont pas définis. - Conséquence. Pages

DIX-NEUVIEME LECON. SOMMAIRE.

A quelles conditions la complicité peut-elle être punie? - Nécessité de l'existence d'un fait ou d'une tentative punissable. - Crime. - Délit. - La complicité est-elle admise en matière de contravention? - Le complice peut être puni, bien que l'auteur principal soit absent, inconnu ou acquitté. - *Quid*, si l'agent principal est irresponsable à raison de son âge ou de son état de démence? - La complicité du suicide est-elle punissable? - Le complice profite-t-il de l'immunité que l'agent d'exécution puise dans l'art. 380 du Code pénal? - Dissidence avec la jurisprudence. - Quid du coauteur? - Crimes commis à l'étranger - Les faits de complicité commis en France sont-ils punissables? - Hypothèse inverse. - Crimes commis en France. - Faits de complicité à l'étranger. - Distinction. - Le complice est étranger. - Il n'est pas punissable par la loi française. - Le complice est Français. - Faut-il distinguer le cas où le crime a été commis en France, au préjudice d'un Français, et le cas où il a été commis au préjudice d'un étranger? - Discussion. - De quelle peine les faits de complicité sont-ils punissables? - Sens des mots: *de la même peine que les auteurs mêmes du crime ou du délit*. - Pourquoi le complice est-il puni à raison de la circonstance aggravante de l'infraction qu'il n'a pas connue? - Réponse aux critiques. - Observations de M. Target. - Passage extrait de l'ouvrage de M. Rossi. - Appréciation. - Exceptions en matière de recel. - Le complice est-il passible de l'aggravation résultant d'une qualité personnelle à l'auteur de l'infraction? - Dissidence avec quelques auteurs. - La qualité de l'auteur principal réagit-elle sur le coauteur? - *Quid*, si la qualité aggravante de l'auteur principal a été ignorée du complice? - Dissidence avec un auteur. - Condition de la rédaction. - Pourquoi le complice ne subit-il pas l'aggravation résultant de la récidive de l'agent d'exécution? - La qualité personnelle du complice est-elle une cause d'aggravation de la pénalité? - Distinction. - Le complice bénéficie-t-il des excuses qui protègent l'agent d'exécution? Pages

APPENDICE.

Etude sur le droit de punir. Page
FIN.