

Université de France.
Académie de Nancy.
Droit romain : du
sénatus consulte
macédonien. Droit
français : de la [...]

Naquard, Charles. Université de France. Académie de Nancy. Droit romain : du sénatus consulte macédonien. Droit français : de la complicité. Thèse pour le doctorat... par Charles Naquard,.... 1873.

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.

INVENTAIRE

F 40.102

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY.

DROIT ROMAIN :
DU SENATUSCONSULTE MACÉDONIEN.

DROIT FRANÇAIS :
DE LA COMPLICITÉ.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Et soutenue publiquement

PAR

Charles NAQUARD,

Avocat

Le Jeudi, 3 avril 1873, à 2 heures et demie de l'après-midi.

TOUL.

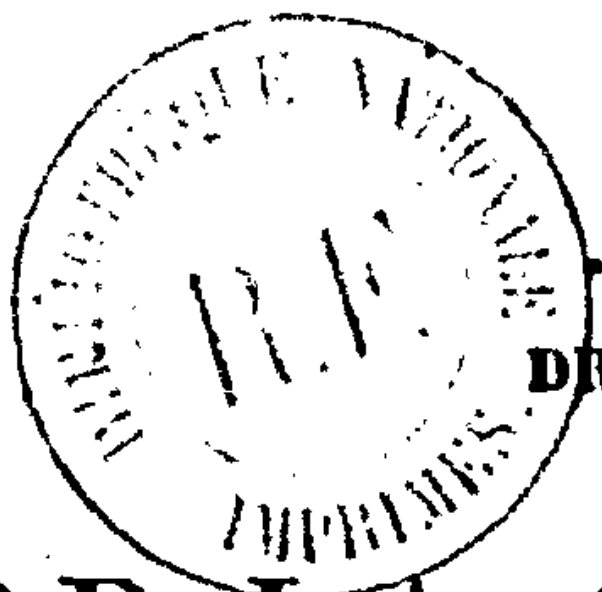
Imprimerie T. LEMAIRE, place Cathédrale, 6.

1873.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY.

DROIT ROMAIN :

DU SENATUSCONSULTE MACÉDONIEN.



DROIT FRANÇAIS :

DE LA COMPLICITÉ.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Et soutenue publiquement

PAR

Charles NAQUARD,

Avocat

Le Jeudi, 3 avril 1873, à 2 heures et demie de l'après-midi.

TOUL.

Imprimerie T. LEMAIRE, place Cathédrale, 6.

1873.



F

40402

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

MM. JALABERT, &,	Doyen, Professeur de Code civil et Chargé du cours d'histoire du Droit romain et du Droit français.
PARINGAULT, &,	Professeur honoraire
LEDERLIN.	Professeur de Droit romain.
LOMBARD,	Professeur de Droit commercial et Chargé du cours de droit des gens.
VAUGEOIS,	Professeur de Code civil et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et cou- tumières.
LIÉGEOIS,	Professeur de Droit administratif et chargé du cours d'Économie poli- tique.
DUBOIS,	Professeur de Droit Romain.
CAUWÈS,	Agrégé, chargé du cours de Pandectes.
CHOBERT,	Agrégé, chargé d'un cours de Procé- dure civile et de Législation cri- minelle.
VILLEY,	Agrégé, chargé d'un cours de Procé- dure civile et de Législation crimi- nelle.
BLONDEL,	Agrégé, chargé d'un cours de Code civil.

M. LACHASSE,	Docteur en Droit, secrétaire, agent comptable.
---------------------	---

**La faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du
Candidat. Le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public.
(Statut du 9 avril 1825, art. 81.)**

Président : M. DUBOIS, Professeur.

<i>Suffragants :</i>	{	MM. LEDERLIN,	{	<i>Professeurs.</i>
		DUBOIS,		
		VILLEY,	{	<i>Agrégés.</i>
		BLONDEL,		



Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites, sur les autres matières de l'enseignement.

DROIT ROMAIN.

DU SENATUS CONSULTE MACÉDONIEN.

GÉNÉRALITÉS.

En règle générale, le *filiusfamilias* peut s'obliger civilement tout aussi bien que s'il était *paterfamilias* ; il ne peut pas au contraire acquérir pour lui-même, tout ce qu'il acquiert appartient, sitôt l'acquisition, à son père. Personnellement obligé, c'est sur lui seul que doivent être exécutées ses obligations. C'est ce que nous apprend Gaius en ces termes : *Filiusfamilias ex omnibus causis tanquàm paterfamilias obligatur ; et ob id agi cum eo tanquàm cum patrefamilias potest* ¹.

Mais quoiqu'il ne s'oblige que personnellement et qu'il ne lie pas son *paterfamilias*, celui-ci cependant est tenu de *peculio*, dans le cas où le fils a un pécule constitué. Le père est en effet censé avoir confié à son fils l'administration du pécule avec pouvoirs nécessaires, et ratification à l'avance des obligations qu'il pourra souscrire à ce sujet. En sorte que celui qui oblige envers lui un fils de famille, dit Ulpien², a deux débiteurs : le fils pour le tout, le père jusqu'à concurrence seulement du pécule.

Il peut paraître difficile d'expliquer cette faculté laissée au *filiusfamilias* de faire des dettes alors qu'on lui retirait la capacité d'acquérir et de se créer ainsi un patrimoine ; sa condition pouvait être rendue mauvaise, on ne lui laissait pas la possibilité de l'améliorer.

(1). D. lib. XLIV, tit. VII, l. 59.

(2). D. lib. XV, tit. 4, l. 41.

Ce résultat n'est cependant qu'une conséquence logique des principes romains: le fils de famille n'acquerrait pas, il est vrai, pour lui-même, parce que seul il ne possédait rien; mais comme membre de la famille, il était copropriétaire du patrimoine commun, sa part était en expectative, et ce qu'il pouvait acquérir, il l'acquerrait en partie pour lui; aussi disait-on qu'il était *vivo patre quodammodo dominus*. Quant aux obligations qu'il pouvait contracter, pourquoi lui eût-on refusé le droit de les souscrire? N'était-il pas une personne civile complète, égale en capacité à son *paterfamilias*, pouvant aspirer comme lui aux premières charges de l'État, ayant comme lui la jouissance de tous les droits civils? Là où la différence se faisait sentir, c'était dans l'exécution des obligations, c'est-à-dire dans la libre disposition des biens: le père de famille disposait de tous ses biens en souverain maître, le fils ne disposait de rien: pour pouvoir exécuter ses obligations, il devait attendre qu'il fût *sui juris* et maître d'un patrimoine.

Cette faculté *sui generis* de contracter sans possibilité de tenir, du moins quant à présent, ne laissait pas que de placer le fils de famille dans une réelle dépendance et dans une certaine infériorité: il ne trouvait pas facilement des créanciers se contentant d'une promesse à si longue échéance; et dans le prêt à intérêt particulièrement, un taux excessif était appelé à faire endurer au créancier l'attente toujours incertaine d'ailleurs, du remboursement.

Le créancier d'un *filiusfamilias* ne pouvait donc, même après condamnation exécuter son débiteur, car c'eût été une attaque à la *patria potestas*, et un moyen pour celui qui y était soumis de s'y soustraire; deux résultats incompatibles avec l'intégralité absolue de cette puissance. Quel était donc le parti à prendre pour un créancier dans cette fâcheuse po-

sition? Ce parti était unique, il devait attendre que son débiteur devint *sui juris*, soit par émancipation, soit autrement. Mais, s'il ne pouvait se faire payer, faute de patrimoine à saisir, pouvait-il au moins exécuter sur la personne du fils de famille et le faire mettre en prison? Il faut toujours répondre que non, car cette mesure eût encore été un empiètement sur la puissance paternelle.

Le créancier pouvait toutefois traduire en justice son débiteur en puissance et faire reconnaître son droit, mais là se bornaient provisoirement ses moyens d'agir: l'*actio judicati* se trouvait en suspens jusqu'à ce que la puissance eût cessé, c'est ce qui résulte formellement du texte suivant: *si filius-familias vivo patre conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exheredatum postea judicati actio in id quod facere potest danda est*¹. Nous devons remarquer ces derniers mots: *in id quod facere potest*, l'action n'était pas donnée pour tout le montant de la dette, mais seulement jusqu'à concurrence des ressources du débiteur. En effet, le patrimoine du fils de famille n'existant pour lui qu'en expectative, celle-ci pouvait très-bien ne pas se réaliser; il pouvait se faire que devenu *sui juris*, il se trouvât dans la même position pécuniaire qu'auparavant, et cela sans qu'on puisse lui en faire un reproche, puisque ce n'était pas lui qui avait administré. Dans ce cas, les obligations souscrites par lui, alors qu'étant en puissance il comptait sur un patrimoine futur, ne pouvaient être remplies. Aussi le prêteur venant au secours du fils de famille, avait décidé que dans cette circonstance, l'action ne serait donnée contre lui que jusqu'à concurrence de ses ressources, mais toutefois après examen du magistrat, *causâ cognitâ*².

(1). D. lib. XIV, tit. V, l. 5, pr.

(2). D. lib. XIV, tit. V, l. 2 § 1.

Le *filiusfamilias* pouvait donc s'obliger, cela n'est pas douteux; faut-il en dire autant de la *filiafamilias*? Aucune distinction n'est faite dans les textes, mais la raison de douter, c'est qu'à Rome, la fille *sui juris* n'a pas toujours été dans les mêmes conditions que le fils *sui juris*; le droit civil l'avait en effet soumise à une tutelle perpétuelle; on peut donc dire que si lorsqu'elle était hors puissance, elle était incapable de s'obliger seule, à fortiori elle ne le pouvait pas non plus lorsqu'elle était en puissance. Cette question, dont l'intérêt est surtout historique, est controversée. En tout cas, il est certain que la *filiafamilias* était tout aussi capable de contracter des obligations que le *filiusfamilias*, au moins à partir de l'époque où la tutelle perpétuelle des femmes tomba en désuétude. Nous verrons tout-à-l'heure le parti qu'on peut tirer en faveur de cette opinion plus complète encore, d'un texte du digeste, au titre du sénatusconsulte macédonien¹ que nous allons étudier.

Quant à celui qui étant *sui juris* avait atteint l'âge de puberté, il était capable de contracter, de s'obliger, et pouvait être forcé immédiatement d'exécuter ses obligations. Toutefois, cette capacité sans bornes avait depuis longtemps paru dangereuse pour les pubères mineurs de 25 ans, et la *Plætoria*, déjà en vigueur du temps de Plaute, au VI^e siècle de Rome, punissait celui qui ayant contracté avec un mineur de 25 ans *sui juris*, avait abusé de son inexpérience; elle établissait contre lui une accusation criminelle et annulait le contrat. Toutefois on pouvait traiter en sûreté avec un mineur en le forçant à se faire nommer un curateur; celui-ci veillait alors à la loyauté du contrat. Une constitution de Marc-Aurèle donna des curateurs permanents à tous les pubères mineurs de 25 ans.

(1). D. lib. XIV, tit. VI, l. 9, § 2.

Ces principes généraux posés, abordons l'objet spécial de ce travail, le sénatusconsulte macédonien : un titre au digeste¹ et un titre au code² lui sont consacrés, les Institutes le mentionnent au livre IV, titre VII, § 7.

L'origine de la défense de prêter aux fils de famille remonte au règne de Claude, an 800 de Rome; elle fut renouvelée sous Vespasien par le sénatusconsulte macédonien; Suétone dit en effet dans la biographie de cet empereur que c'est sur sa proposition qu'il fut rendu³.

Le texte même du sénatusconsulte nous a été conservé par Ulpien et forme la loi 1^{re} de notre titre au digeste; il est ainsi conçu : *«Cum inter cæteras sceleris causas Macedo quas illi natura administrabat, etiam res alienum adhibuisset, et sæpè materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet: placere ne cui, qui filiosfamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur; ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiosfamilias bonum nomen expectatâ patris morte fieri.»*

Il s'agit, on le voit, d'une exception au principe que le fils de famille contracte valablement des obligations. Le Sénat décide que dans le cas où un fils de famille a emprunté de l'argent, l'action pour se faire rembourser sera refusée au prêteur, même après que le débiteur sera devenu *sui juris*; c'est-à-dire que sa créance est perdue, et que nonobstant le contrat qui a eu lieu, l'obligation est regardée, civilement du moins, comme non avenue. Nous verrons en effet qu'il subsiste de la part du fils une obligation naturelle.

Ne actio daretur, dit le texte du sénatusconsulte; nous rencontrerons cependant continuellement dans les textes rela-

(1). D. lib. XIV, tit. VI.

(2). C. lib. IV, tit. XXVIII.

(3). Tacite, ann. XI, 13; Suétone, C. 44.

tifs à notre matière ces mots *exceptio Macedoniani*, c'est que l'action n'était refusée par le magistrat que lorsque la contravention au sénatusconsulte était patente; lorsqu'elle n'était que douteuse, une exception était insérée dans la formule et c'était au juge à vérifier s'il avait été contrevenu à la prohibition; en cas d'affirmative l'exception triomphait de l'action du créancier, dans le cas contraire l'inverse avait lieu.

Nous verrons encore que l'action était refusée non seulement contre le *filiusfamilias* et qu'il pouvait opposer l'exception, mais encore, quoique le sénatusconsulte ne le dise pas formellement, que la même faveur était étendue au *paterfamilias*, qui sans cela eût été tenu de l'action de *peculio*; que les héritiers de l'un et de l'autre en jouissaient également, et qu'enfin les fidéjusseurs, qui avaient accédé à l'obligation du fils, étaient traités aussi favorablement. Le motif, pour ces derniers, se comprend facilement: s'ils avaient été forcés de payer au créancier la dette qu'ils avaient garantie, ils auraient eu naturellement un recours à exercer contre le fils, ce dernier eût ainsi perdu tout le bénéfice du sénatusconsulte.

Le motif du sénatusconsulte est donné dans sa disposition elle-même: on a voulu mettre un terme à l'usure de ces prêteurs qui exploitaient la débauche des fils de famille et leur fournissaient de l'argent à un intérêt énorme, ceux-ci souscrivant d'autant plus volontiers de telles obligations, que l'époque de l'exécution en était plus reculée. Justinien, aux *institutes*, ajoute qu'il avait également pour but d'empêcher les projets parricides de ces fils dénaturés, qui accablés de dettes, n'auraient pas craint de chercher dans le crime le moyen de se libérer plus promptement.

Le *Macedo* dont parle le texte, et qui a donné lieu au sénatusconsulte, était-il un fils de famille dissipateur ou bien un usurier fameux? On n'est pas d'accord sur ce point, qui

d'ailleurs est sans importance. Les commentateurs anciens sont presque tous d'accord pour en faire un usurier¹, et cette opinion nous semble conforme aux termes de la loi; en effet ces mots: *qui pecuniam incertis nominibus crederet*, ne peuvent s'appliquer qu'à un prêteur d'argent. Cependant, sur la foi de Théophile², on préfère aujourd'hui considérer *Macedo* comme un fils de famille débauché, empruntant follement de l'argent; on lui applique ces mots qui en effet semblent s'y prêter: *etiam res alienum adhibuisset*³. On peut cependant les appliquer aussi à l'usurier et traduire ainsi: comme parmi d'autres penchants au crime dont l'avait gratifié la nature, *Macedo* possédait celui de se procurer l'argent d'autrui, et fournissait ainsi des occasions à la débauche, etc. Ce sens nous paraît d'autant plus plausible, qu'on dit tout naturellement de celui qui fait l'usure qu'il prend l'argent d'autrui.

Nous suivrons, dans cette étude, l'ordre donné par Pothier dans ses pandectes, il nous semble le plus favorable à la clarté de l'explication.

Dans la première section, nous verrons quel est le contrat que vise le sénatusconsulte lorsqu'il est passé avec le fils de famille, et quelles exceptions souffre le sénatusconsulte lui-même.

Dans la deuxième section, à quels fils de famille s'applique le sénatusconsulte.

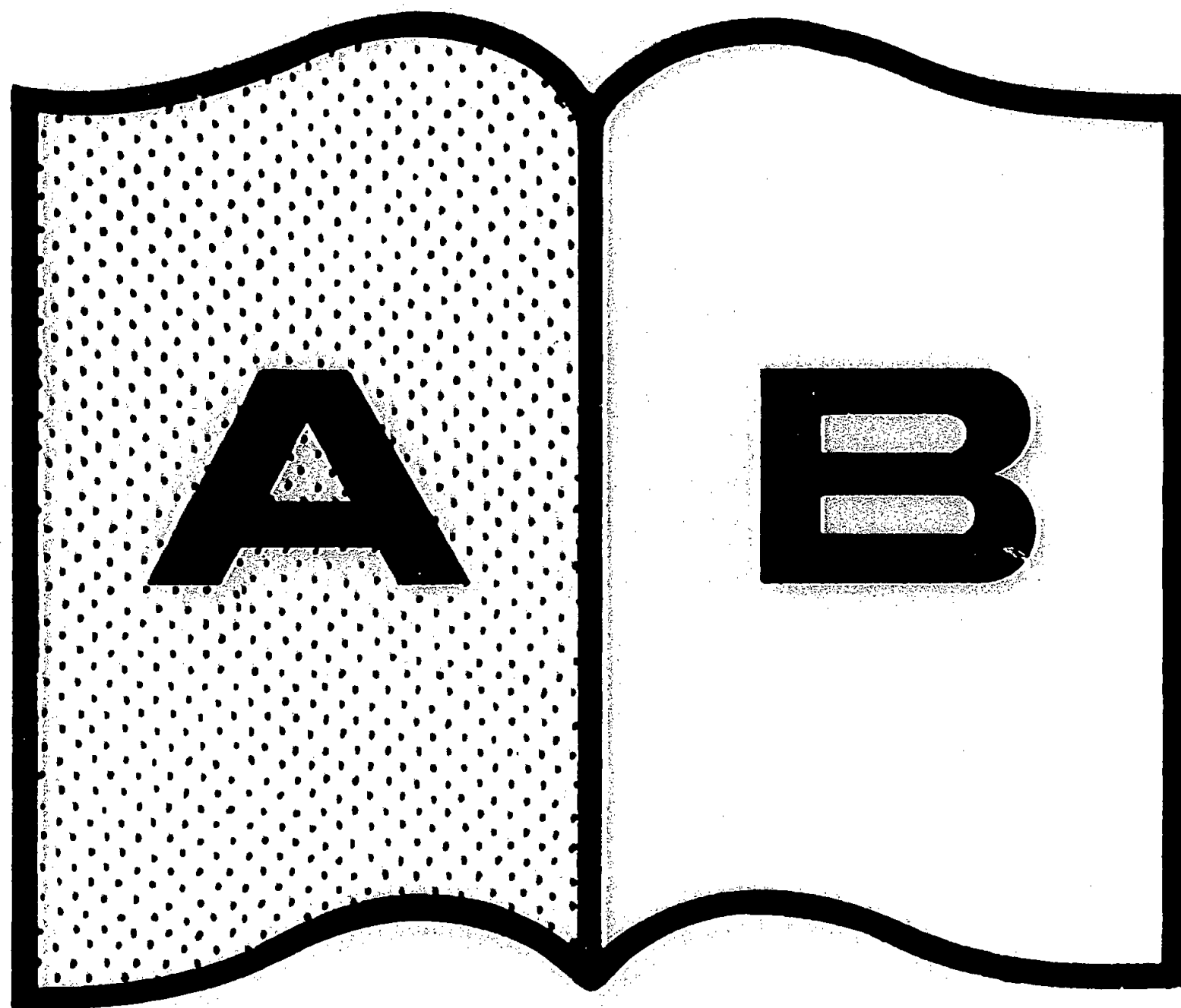
Dans la troisième, quelle est la sanction du sénatusconsulte.

Dans la quatrième, à qui profite l'exception du sénatusconsulte, et à qui elle nuit.

(1). Pothier, pand. Just. nost. tit. not. 2; Cujas, comm. cod. nost. tit. p. 352, let. E; Doneau, comm. cod. nost. tit. tom. 8, p. 123, n° 3; Voët, Pand. nost. tit. tom. 1, p. 567.

(2). Theoph. inst. lib. IV, tit. VII, § ult.

(3). Machelard, oblig. nat. p. 111; Maynz, tom. 2, pag. 260.



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

SECTION 1.

Quel est le contrat que vise le sénatusconsulte lorsqu'il est passé avec un fils de famille, et quelles sont les exceptions au sénatusconsulte ?

1^{er} § Quand a lieu le sénatusconsulte ?

L'esprit du sénatusconsulte macédonien, nous l'avons déjà dit, et cela résulte de tous les textes qui s'y rapportent, n'a pas été de favoriser le fils en puissance, en le déliant d'un engagement pris à la légère, mais de détruire la classe des prêteurs à gros intérêts; c'est en haine de ces individus dangereux qu'il a été résolu, et aussi, comme conséquence, pour garantir un patrimoine peut-être laborieusement amassé et scrupuleusement conservé par le père, lequel se serait trouvé escompté à l'avance et engagé par les prodigalités du fils.

Pour arriver à ce résultat, il n'était pas nécessaire d'entraver totalement la capacité de contracter du *filiusfamilias*, il suffisait de lui interdire l'emprunt c'est-à-dire le contrat de *mutuum*; ou mieux encore, pour punir l'usurier, de tolérer le contrat, mais de le dépouiller de son action. c'est ce qu'a fait le sénatusconsulte.

On sait que le prêt de consommation s'appelait en droit romain *mutuum* : c'était un contrat réel, ne prenant naissance que par la tradition de la chose prêtée. Il fallait que l'une des parties donnât à l'autre une quantité de choses fongibles, à charge par cette dernière de lui rendre autant, de même

espèce et qualité¹. La propriété était transférée à l'emprunteur par la tradition. Le contrat ne produisait d'obligation que pour la quantité prêtée ; il s'en suivait que, pour le prêt d'argent notamment, si le prêteur voulait obtenir des intérêts, il était obligé de les stipuler spécialement, et il n'avait pour se les faire payer que l'action résultant de cette stipulation spéciale². L'action qui ressortait du contrat était la *condictio certi*, que l'on peut appeler *condictio ex mutuo*, ou même *actio mutui*³.

Il découle des termes mêmes du sénatusconsulte, et cela est formellement dit dans d'autres textes, qu'il ne s'applique qu'au *mutuum* d'une somme d'argent. Il précise en effet, lorsqu'il dit *mutuam pecuniam dedisset*, et encore *pessimo exemplo fœnerarent*. Le terme *fœnerare* ne s'employait que pour signifier : prêter de l'argent à intérêt. Cette remarque est faite par Ulpien dans la loi 7, § 3 à notre titre du digeste. Cependant, ajoute ce jurisconsulte à l'endroit cité, il ne faudrait pas qu'on se servit de la restriction des termes du sénatusconsulte pour frauder son esprit. Ainsi si le fils de famille recevait en *mutuum*, au lieu d'une somme d'argent, du blé, du vin, de l'huile ou toute autre denrée, et qu'il convertît immédiatement ces objets en argent, on induirait de là qu'il y a violation de la défense faite par le sénatusconsulte, et l'action serait refusée au prêteur.

Ailleurs encore Ulpien dit ceci : tout autre contrat qu'un *mutuum* peut être passé avec un fils de famille, tels sont la vente, le louage, etc. ; c'est la tradition des espèces qui seule a paru dangereuse pour le père de famille. Bien plus, qu'on se trouve par exemple créancier d'un fils de famille,

(1). Gaius, III, 90.

(2). D. lib. XIX, tit. V, l. 24.

(3). C. lib. VII, tit. XXXV, l. 3.

soit à la suite d'une vente, soit à la suite de tout autre contrat dans lequel il n'y a pas eu tradition d'espèces, et qu'en vertu d'une stipulation nouvellement intervenue, il soit convenu que l'argent dû devient de l'argent prêté, bien que le *mutuum* ne commence qu'à ce moment, *licet cœperit esse mutua pecunia*, il n'y a cependant pas lieu à l'application du sénatusconsulte ¹. Du moment en effet que l'origine de la dette n'est pas un prêt d'argent, les raisons qui ont motivé le sénatusconsulte n'existent pas, les prêteurs à gros intérêts n'usent pas d'ordinaire de la vente, du louage, du mandat, etc. Mais il faut toujours se tenir en garde contre la fraude, continue le texte cité, car ce que nous venons de dire ne s'entend que du cas où on n'a pas voulu tourner la prohibition du sénatusconsulte, ce qui arriverait si, par exemple, celui auquel il est interdit de prêter, vendait une chose dont le prix lui serait dû tout comme s'il y avait eu *mutuum*, *in mutui vicem*.

Mais la fraude au sénatusconsulte ne se présume pas ; ainsi un fils de famille achète une chose, et promet au vendeur le prix avec des intérêts, il faut, dans ce cas, décider en général qu'il n'y a pas lieu à appliquer le sénatusconsulte et ne voir là qu'un contrat de vente, lequel est permis au fils de famille ; c'est ce qui est décidé par les empereurs Sévère et Antonin, loi 3, à notre titre du code ; on doit, disent-ils, considérer plutôt l'origine de l'obligation que la qualification de l'action.

L'exception du sénatusconsulte doit-elle s'appliquer au prêt d'argent lorsqu'il n'y a pas d'intérêts de stipulés, aussi bien que lorsqu'il y en a ? La raison qui aurait pu faire douter dans ce cas, c'est que la disposition que nous étudions ayant été introduite spécialement en haine des usuriers, on ne peut

(1). D. nost. tit. l. 3 § 3.

qualifier ainsi ceux qui prêtent sans intérêts. Il faut cependant répondre que le sénatusconsulte s'applique, car ses termes ne distinguent pas. C'est ce qui est décidé par Ulpien¹.

Julien enseigne encore, conformément aux principes que nous venons d'émettre, que le sénatusconsulte ne s'oppose pas à ce qu'un créancier qui, par *mutuum* a prêté de l'argent à un individu, stipule d'un fils de famille, faisant ainsi une novation, que ce dernier lui rendra cet argent². Il n'y a pas eu en effet dans ce cas de numération d'espèces faite au fils de famille lui-même.

Nous avons déjà dit, et nous le verrons plus en détail dans une autre section, que l'exception du sénatusconsulte est accordée au fidéjusseur qui a garanti l'obligation du fils de famille ; mais si ce dernier a accédé comme fidéjusseur à l'obligation résultant du *mutuum* contracté par un autre, pourra-t-il opposer l'exception ? Il faut répondre que non, le sénatusconsulte n'est pas violé en effet, puisqu'il n'y a pas eu numération d'espèces faite au fils lui-même ; on n'est même pas dans le cas prévu, car le fidéjusseur ne faisant qu'accéder à l'obligation principale n'est pas lui-même débiteur principal ; donc en réalité le fils de famille n'a pris aucune part au contrat de *mutuum*. Cependant, encore dans cette espèce, il faut bien voir s'il n'y a pas fraude, car si c'est pour déguiser un véritable emprunt que le fils de famille fournit un obligé principal dont lui ne serait que le fidéjusseur, il faut appliquer le sénatusconsulte et donner l'exception non-seulement au fils de famille, mais encore à l'obligé principal ; telle est la décision de Julien, rapportée par Ulpien³. Mais pourquoi donner l'exception à l'obligé principal qui n'est

(1). D. nost. tit. l. 7, § 9 ; Donau, comm. cod. nost. tit. tom. 8, p. 142, n° 8.

(2). D. nost. tit. l. 13.

(3). D. nost. tit. l. 7, pr.

par fils de famille, est-ce que le créancier n'était pas en droit de compter sur une obligation parfaitement valable de sa part? Elle lui est donnée, répond le jurisconsulte, parce qu'en réalité il n'est que le véritable fidéjusseur du fils de famille et qu'il y a droit en cette qualité.

Bien plus, continue Julien, si, pour frauder le sénatusconsulte, un individu prête une somme d'argent à deux débiteurs qui tous deux sont obligés principaux, que l'un deux soit fils de famille, que la somme lui soit en réalité destinée et qu'il l'ait reçue, comme celui qui n'est pas en puissance n'a été obligé principalement que pour qu'il ne puisse pas en qualité de fidéjusseur opposer l'exception, cette fraude ne réussira pas au créancier et les deux obligés jouiront de l'exception¹.

En résumé, nous voyons par ces différents textes, que l'application du sénatusconsulte macédonien était précise et limitée, que le seul contrat visé était le mutuum d'une somme d'argent, et encore dans le cas seulement où la somme avait été réellement comptée au fils de famille. Mais aussi, dans tous les cas où l'opération, ne rentrant pas exactement dans les termes indiqués, se prêtait à une fraude au sénatusconsulte, on n'hésitait cependant pas à l'appliquer. Si en effet on avait pu impunément tourner sa prohibition, les moyens de le faire fussent devenus de style, et ceux contre qui elle a été portée n'eussent jamais manqué de les employer.

§ 2. *Quand cesse le sénatusconsulte?*

La prohibition du sénatusconsulte macédonien souffre d'assez nombreuses exceptions, c'est-à-dire qu'il arrive souvent que, quoique une somme d'argent ait été réellement comptée

(1). D. nest. tit. l. 7, § 1.

en *mutuum* à un fils de famille, l'action peut être donnée efficacement au créancier et le débiteur forcé de rembourser.

C'est dans Cujas, comm. du Code, à notre titre, p. 333, que nous trouvons l'énumération la plus complète des exceptions au sénatusconsulte macédonien, elle ne nous paraît pas cependant devoir être adoptée entièrement.

1. — En premier lieu, le sénatusconsulte ne s'applique pas, et le créancier peut triompher en justice du *filiusfamilias* auquel il a prêté de l'argent, lorsque ce *filiusfamilias* passait publiquement, au moment du prêt, pour un *paterfamilias*, et si le prêteur est tombé dans cette erreur ¹. Mais il faut que l'erreur soit excusable et qu'elle ne soit pas la suite d'une naïve crédulité ou de l'ignorance du droit; la faute dans ce cas serait au créancier. Le fils de famille a dû tromper par une sorte de possession d'état, parcequ'il agissait, contractait, en un mot s'acquittait de tous les devoirs et de toutes les charges d'un père de famille ². Cette exception, dit Doneau ³, ne résulte pas des termes du sénatusconsulte, mais de son esprit. Ce qu'il a voulu punir en effet, c'est d'une part, la fourberie, le manque de loyauté des emprunteurs en puissance, et de l'autre, la négligence de celui qui ne s'enquiert pas si la partie avec laquelle il contracte est ou non capable de s'engager; mais il n'y a ni déloyauté ni faute à la charge de celui qui est tombé dans une légitime erreur de fait.

2. — La seconde exception n'est que le corollaire de la première, et à la rigueur elle se confond avec elle. Elle a lieu si le *filiusfamilias*, par manœuvres et mensonges a trompé sur son véritable état, s'il s'est fait passer pour *paterfamilias* et

(1). C. tit. nost. l. 2.

(2). D. tit. nost. l. 3, pr.

(3). Doneau. op. tom. 8, p. 132.

a pu ainsi se faire prêter de l'argent¹. La protection de la loi ne peut pas en effet s'obtenir par le mensonge. Il résulte du texte auquel nous venons de renvoyer, que la preuve du mensonge est à la charge du créancier qui l'allègue. Mais, remarque Cujas², il ne serait pas suffisant qu'il prouvât que le fils de famille a menti en se disant *sui juris*, il faut de plus qu'il établisse que lui créancier a cru qu'il l'était.

Si un individu prête de l'argent à deux débiteurs qui sont obligés principaux et tous deux fils de famille, mais qu'il n'ait connu la situation que de l'un des deux et qu'il ait eu juste raison de croire l'autre *sui juris*, que faudra-t-il décider ? Dans ce cas, on devra voir auquel des deux la somme a été effectivement remise; si elle l'a été à celui dont l'état de dépendance était connu du créancier, l'exception du sénatusconsulte pourra être invoquée contre lui; dans le cas contraire elle ne le pourra pas³.

Supposons maintenant au contraire deux individus prêtant par le même contrat une somme d'argent à un *filiusfamilias*; l'un des deux a connu la véritable situation du débiteur, l'autre a eu une raison légitime de l'ignorer; Ulpien décide dans ce cas que tous deux seront repoussés par l'exception⁴. Cujas, en rapportant cette opinion, ne laisse pas de la trouver trop rigoureuse⁵. Nous la croyons cependant conforme à l'esprit du sénatusconsulte, car du moment que l'un des deux créanciers a su la condition du fils et qu'il l'a laissé ignorer à l'autre, il y a fraude chez les deux parties, par conséquent lieu à l'exception.

Dans le cas de la première et de la seconde exception, nous pensons que l'exception du sénatusconsulte ne devra

(1). C. tit. nost. l. 1.

(2). Comm. cod. nost. tit. p. 333.

(3). D. nost. tit. l. 7, § 8.

(4). D. nost. tit. l. 7, § 7.

(5). Cujas, comm. cod. nost. tit. p. 333.

pas être refusée au père s'il est actionné *de peculio*. On la refuse au fils pour le punir de sa déloyauté, mais le père ne ne mérite pas cette peine, puisqu'on n'a rien à lui reprocher.

3. — La troisième exception au sénatusconsulte a lieu lorsque c'est par suite du mandat, de l'ordre, de la volonté ou du consentement de son *paterfamilias*, que le fils a emprunté de l'argent. Dans tous ces cas en effet, le motif qui a fait porter la décision que nous étudions n'existe plus : si le patrimoine se trouve obéré par les dettes du fils, c'est que le père l'a bien voulu, c'est donc comme si lui-même avait contracté ces dettes, il n'y a plus à craindre ici l'usure ou l'encouragement à la débauche.

La ratification du père intervenant sur le *mutuum* contracté par le fils seul, rend-elle le contrat valable dès l'origine et équivaut-elle au mandat ? Justinien décide que oui : « tranchant, dit-il, l'incertitude qui existait sur ce point chez les anciens jurisconsultes, nous décidons que le *mutuum* passé par le fils sans l'assentiment du père et ratifié ensuite par celui-ci, sera tout aussi valable que s'il eut été approuvé dès l'origine, car il serait injuste (*iniquum*) de ne pas tenir compte de la ratification du père de famille. » On n'était pas d'accord en effet, avant Justinien, sur l'interprétation de cette règle de droit : *ratihabitio mandato comparatur*. Les uns disaient qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux actes faits à partir du moment où la ratification était intervenue, car l'appliquer aux actes antérieurs eût été contrevenir à cette autre règle de droit : *quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit* ¹. Les autres répondaient : la ratification équivariant au mandat, le contrat ratifié *non convalescit*, puisque l'effet de la ratification est justement de le faire tenir comme

(1). C. nost. tit. l. 7, pr.

(2). D. lib. L, tit. XVII, l. 29.

valable dès l'origine. Les premiers répliquaient : ce qui est certain n'avoir pas existé ne peut après coup, être supposé avoir existé. Les seconds reprenaient : quand on dit que la ratification équivaut au mandat, cela ne veut pas dire que par la ratification le mandat est réellement intervenu à *principio*, mais que celui qui ratifie considère les actes passés comme si le mandat était intervenu à *principio* ; or cette interprétation de la règle en question doit être admise dans les cas où l'effet que l'on fait rétroagir dépendait de la volonté du ratifiant. Cette dernière raison nous paraît satisfaisante. Quoiqu'il en soit, dans l'espèce qui nous occupe, la difficulté est tranchée par la constitution de Justinien que nous avons citée ¹.

La volonté du père, existant au moment où le contrat a lieu, doit naturellement avoir le même effet que le mandat et à *fortiori* que la ratification, bien qu'elle soit manifestée d'une autre manière ². L'essentiel est qu'il soit certain que le père approuve l'emprunt contracté par son fils. Les jurisconsultes, s'inspirant de l'esprit du sénatusconsulte macédonien, ont même poussé plus loin encore son application : ils ont en effet décidé que le silence du *paterfamilias* équivailait à son consentement, car du moment, disent-ils, qu'il sait que son fils a contracté ou va contracter un emprunt, il doit le désapprouver ; telle est l'opinion de Julien rapportée par Ulpien ³, et celle de Paul ⁴. Le père de famille, dit Doneau, doit de lui-même défendre l'emprunt à son fils, car il est de son devoir de veiller à sa bonne conduite ⁵.

Il faut remarquer que si le *filiusfamilias*, au lieu d'être sous la puissance de son père, se trouve sous celle de son

(1). Cujas, comm. cod. nost. tit ; Doneau, id. tom. 8, p. 156.

(2). C. nost. tit. l. 2.

(3). D. nost. tit. l. 7. § 11.

(4). id l. 12.

(5). Doneau, comm. cod. tom. 8, p. 133, n° 2.

aïeul, la règle d'application du sénatusconsulte reste la même, c'est-à-dire que le contrat ne peut être approuvé que par celui sous la puissance duquel il se trouve. Il ne pourrait donc dans ce cas emprunter valablement même sur l'ordre de son père, ce dernier se trouvant lui-même dans l'impossibilité de le faire sans l'aveu de son propre père, aïeul du premier ¹.

Nous arrivons donc à cette conclusion, que chaque fois que le *paterfamilias* a connu le contrat, soit avant, soit après qu'il a été passé, il doit le désapprouver, sinon le sénatusconsulte ne s'applique pas. Peu importe sa présence à l'endroit où le *mutuum* a été passé; il doit, s'il est absent, le désapprouver par lettre ².

Cette exception réduit de beaucoup les cas d'application, car les espèces seront nombreuses où le père aura eu connaissance du contrat. Cesera, bien entendu, au créancier à prouver que le père a connu le contrat et que néanmoins il a gardé le silence, car c'est le contraire, c'est-à-dire l'ignorance, qui est présumé. Le *mutuum* étant intervenu dans les conditions indiquées pour que notre exception se produise, c'est-à-dire par suite de l'ordre, du mandat, du consentement, de la ratification expresse ou tacite du père, et étant admis que la ratification équivaut au mandat, celui-ci sera tenu par l'action *quod jussu*, de l'intégralité de la dette. Et le sénatusconsulte restera sans effet non seulement à l'égard du père, mais encore à l'égard du fils qui, rentrant dans le droit commun, se trouve obligé par l'action qui est née du *mutuum*.

4. — Il n'y a pas lieu non plus à l'exception du sénatusconsulte lorsque le fils de famille est militaire : il n'est même pas nécessaire de chercher dans ce cas quelle est la cause de l'emprunt, ni s'il a été autorisé par le père. En effet,

(1). D. nost. tit. 1. 14.

(2). D. nost. tit. 1. 16.

l'emprunt contracté par le soldat est toujours présumé l'être pour des choses de son état, lesquelles sont toujours vues favorablement par la loi¹. Et d'abord, en ce qui concerne les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, il ne peut pas être question du sénatusconsulte, car il a toujours été admis qu'en égard à ces pécules, le fils de famille était considéré comme un véritable *paterfamilias*. Mais le fils et le père lui-même ont-ils toujours été tenus au-delà de ces pécules, lorsque le *mutuum* avait été contracté par un fils militaire? Avant Justinien, rien ne justifie cette opinion, mais depuis cet empereur, il résulte formellement de sa constitution qui forme la dernière loi de notre titre au Code, que si le fils est soldat, tous les emprunts qu'il contracte sont regardés comme autorisés à l'avance par le père, et parant non soumis au sénatusconsulte. La loi que nous indiquons dit même expressément que le fils de famille militaire est assimilé à une personne *sui juris*.

5. — En cinquième lieu, l'exception du sénatusconsulte macédonien est refusée contre le créancier, si l'argent emprunté par le fils l'a été dans l'intérêt du père de famille, ou même si l'emploi qui en a été fait a tourné à la décharge d'obligations incombant à ce dernier. Tel est le cas par exemple où le fils, au moyen d'argent emprunté, a fourni la dot de sa fille ou de sa sœur, en l'absence du *paterfamilias*; c'est à celui-ci en effet qu'incombe la constitution de dot². Dans ce cas, le père est tenu de l'action de *in rem verso*; car, dit Paul, si la *filiastfamilias* meurt pendant le mariage, c'est à son *paterfamilias* qu'appartient la répétition de la dot.

De même, un fils de famille étant en voyage, soit en mission, soit dans le but de s'instruire, emprunte de l'argent

(1). D. nost. tit. l. 1 § 3; C. nost. tit. l. 7 § 1.

(2). D. nost. tit. l. 17.

pour subvenir à des frais nécessaires que ne saurait refuser la sollicitude paternelle : dans ce cas le sénatusconsulte ne s'appliquera pas, car en réalité l'emprunt a profité au père, puisque c'est à lui qu'incombent les frais nécessaires à l'éducation et à l'entretien de son fils ; ici encore il est tenu de l'action *de in rem verso*⁽¹⁾. Supposons qu'au moment de l'emprunt, le fils déclare qu'il est fait pour subvenir à des frais nécessaires, mais qu'en réalité il emploie l'argent au jeu ou à de folles dépenses, dans ce cas le sénatusconsulte reprendra son empire ; on ne peut pas dire en effet que la somme empruntée ait profité au père. Celui qui prête dans ces conditions à un fils de famille devra donc s'enquérir si le prêt reçoit sa véritable destination².

Quand même l'emprunt n'aurait pas été contracté dans l'intérêt du père, si en réalité l'emploi que le fils en a fait lui a procuré un avantage, on n'appliquera pas le sénatusconsulte ; on décide alors comme si, dans le principe, le contrat avait été passé dans son intérêt³. Mais à l'inverse, conformément à ce que nous venons de voir, si l'emprunt a été dans le principe réellement fait dans l'intérêt du père, et que dans la suite l'emploi fait par le fils ne lui ait pas profité, on retombe sous l'application du sénatusconsulte. Il eût été sans cela trop facile de se soustraire à la prohibition, il eût suffi de déclarer au moment du contrat, qu'il était passé dans l'intérêt du *paterfamilias*⁴.

Après avoir dit que le sénatusconsulte ne s'applique pas si l'emprunt a eu pour objet des frais nécessaires, la constitution 5 au code, à notre titre, ajoute : *sed ex contractu filii post mortem ejus de peculio actio in patrem competere ita*

(1). D. nost. tit. l. 7 § 13 ; C. nost. tit. l. 5.

(2). D. lib. XV, tit. III, l. 3 § 9.

(3). D. nost. tit. l. 7 § 12.

(4). D. nost. tit. l. 7 § 12.

demum poterit, si anni utilis spatium petitionem non impedit. C'est l'application de la loi 1, pr. D. lib. XV, tit. II, qui déclare que l'action de *peculio* doit être intentée dans l'année contre le *paterfamilias*. On se demande toutefois de quelle utilité peut être ici pour le créancier l'action de *peculio*, car de deux choses l'une : ou bien le sénatusconsulte s'applique, et l'action de *peculio* peut être repoussée par le père au moyen de l'exception du *Macédonien*, ou bien il ne s'applique pas, et le père est tenu en entier par l'action de *in rem verso*. Or celle-ci est perpétuelle, que le fils soit vivant ou mort, le délai de l'année utile est donc sans importance. Il faut dire que cette précaution de la constitution, de rappeler le délai pour l'exercice de l'action est superflue, mais qu'elle peut s'expliquer, parceque le créancier pouvait également, s'il le voulait, se servir de l'action de *peculio* ¹.

La même constitution remarque en finissant, conformément à ce que nous savons déjà, que si l'argent prêté au fils de famille en mission ou en voyage d'instruction, l'a été d'après le consentement du père, celui-ci est tenu pour le tout par l'action *quod jussu*, laquelle est perpétuelle. Nous rentrons dans le cas de la troisième exception.

Quand le *paterfamilias* a constitué un pécule à son fils, celui-ci en est administrateur, et pour tout ce qui concerne cette administration, il est à l'avance autorisé par le père ; mais la propriété reste à ce dernier. Dans ce cas, si le fils augmente au moyen d'un emprunt la consistance du pécule, doit-on dire que cet emprunt est contracté dans l'intérêt du père, et doit-on le soustraire à l'influence du sénatusconsulte ? Il faut répondre négativement : cela résulte formellement d'une phrase de la loi 9 § 2 à notre titre au digeste, où il est dit que l'action est refusée contre le fils de famille, encore

(1). Donel. op. tom. 8, comm. cod. nost. tit.

que la somme empruntée n'ait pas été consommée et existe dans son pécule.

6. — Une sixième exception a lieu si l'argent a été emprunté par le fils de famille pour payer une dette qui elle-même n'était pas soumise au sénatusconsulte macédonien. La loi 7, § 14, à notre titre au digeste, s'exprime ainsi : *si filiusfamilias acceperit mutuam pecuniam ut eum liberaret qui, si peteret, exceptione non summoventur, senatusconsulti cessabit exceptio*. L'expression *liberare* signifie ici *payer, se libérer*. Si donc le fils, avec la somme empruntée, payait un créancier envers lequel il était efficacement obligé, il ne lui était pas possible de repousser, au moyen de l'exception du Macédonien, l'action du créancier en vertu du *mutuum*. Le motif de cette exception au sénatusconsulte est évident : l'emprunt est défendu au fils de famille afin de ne pas favoriser la débauche et l'usure, mais du moment qu'il est prouvé par l'emploi du prêt que l'opération était sérieuse, qu'elle a été faite à bon escient par l'emprunteur et qu'elle lui a profité, le motif de la prohibition n'existe plus. Ce sera au créancier à prouver que l'emploi a été fait dans les conditions que nous indiquons. En réalité ce cas se confond pour ainsi dire avec deux de ceux que nous avons déjà vus : avec celui où l'emprunt a été conclu avec l'assentiment du père, et celui où il a été conclu dans son intérêt. La plupart du temps en effet, le fils pour payer valablement une autre dette, devra le faire dans l'intérêt du *paterfamilias* et avec son assentiment, puisque à lui seul il ne peut disposer de rien. Cependant il pouvait se présenter des cas où le fils payait de sa propre autorité, par exemple lorsqu'il avait un pécule *castrense*.

7. — Une septième et dernière exception a lieu lorsque le fils de famille devenu *sui juris* confirme la dette qu'il a

contracté étant en puissance, c'est ce qui résulte notamment de la loi 2 au code, à notre titre : *si suæ potestatis constitutus novatione factâ fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum : non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est*. Cependant on peut regarder la ratification du fils devenu *sui juris*, moins comme une exception à la règle du sénatusconsulte que comme une application du droit commun; une fois hors de puissance le *filius familias* est devenu libre de contracter et de s'obliger sans aucune entrave, or nous verrons que même dans le cas du sénatusconsulte, il est obligé naturellement envers le prêteur. Si donc, il confirme et reconnaît cette obligation naturelle, alors qu'il est maître de le faire, et s'il la convertit en une obligation civile, ce n'est qu'une application de ce principe que l'obligation naturelle peut servir de base à une novation, et il n'y a là rien de contraire à la prohibition du sénatusconsulte.

SECTION 2

A quels fils de famille s'applique le Sénatusconsulte?

Quoique le sénatusconsulte ne se serve expressément que du terme *filius familias*, cependant il est certain qu'il s'applique également aux petits-fils et aux arrière petits-fils qui sont sous la puissance de leur aïeul ou de leur bisaïeul; il comprend en un mot tous ceux qui sont sous la puissance paternelle du *paterfamilias*⁽¹⁾. La raison de la prohibition, qui est une punition pour l'usurier et une garantie de sécurité pour le patrimoine de la famille, est la même dans ces différents cas.

Quelle que soit la dignité dont le fils de famille est revêtu, fût-il même consul, il reste soumis à la règle du Macédonien.

(1). D. tit. nost. l. 14; C. tit. nost. l. 6 § 1.

Les dignités en effet ne dissolvent pas la puissance paternelle, elles ne changent rien à la constitution civile du patrimoine ¹. Nous savons toutefois que si le fils a un pécule *castrense* ou *quasi castrense*, pour tout ce qui en fait partie il n'est pas soumis au sénatusconsulte.

Si le *paterfamilias* a été emmené prisonnier chez l'ennemi par suite du *jus postliminii*, le droit de puissance paternelle se trouve en suspens. S'il revient de captivité, la puissance n'aura jamais cessé; s'il ne revient pas, elle aura cessé au jour où il a été emmené ². Si, pendant cet intervalle, le fils contracte un emprunt, sera-t-il soumis ou non à la règle du sénatusconsulte? Il faut répondre que tout reste en suspens jusqu'à ce que l'éventualité du *jus postliminii* soit fixée, et qu'en attendant, l'action doit-être refusée au créancier. Telle est la solution d'Ulpien ³.

On doit remarquer, dit Pothier ⁴, que la position de celui qui emprunte doit être considérée au moment où a lieu la tradition des espèces; si à cette époque l'emprunteur était *filiusfamilias*, il peut user de l'exception du sénatusconsulte; dans le cas contraire, il ne le peut pas. Tous les textes sont d'accord sur ce point qui concorde avec ce que nous avons déjà dit dans la section précédente, que c'est la tradition de l'argent et non pas la convention elle-même que vise le sénatusconsulte.

Ainsi une personne adrogée reçoit une somme en *mutuum*; qu'elle soit ensuite émancipée, elle jouira toujours de l'exception, car elle était en puissance au moment de la tradition ⁵.

(1). D. nost. tit. l. 1 § 3.

(2). Inst. lib. I. tit. XII § 5.

(3). D. nost. tit. l. 1 § 1.

(4). Pand. Just. nost. tit. tom 1, p. 458.

(5). D. nost. tit. l. 1 § 2.

Je fais une convention avec un fils de famille, et je stipule de lui à l'avance une somme que je ne lui rendrai qu'un peu plus tard. Lorsqu'a lieu la tradition, il se trouve que pour une raison quelconque, mon débiteur est sorti de puissance, il est devenu *paterfamilias*, je pourrai l'actionner et il ne pourra pas m'opposer l'exception du sénatusconsulte, car à l'époque de la numération il était *sui juris* ¹.

A l'inverse, je stipule d'un *paterfamilias*, mais à l'époque de la numération il est tombé en puissance, il peut m'opposer l'exception du sénatusconsulte ². Aussi, dit Scœvola, quand on dit en parlant du sénatusconsulte macédonien, qu'il défend de prêter aux fils de famille, *non ad verba referendum est, sed ad numerationem* ³.

Le sénatusconsulte s'applique-t-il non seulement aux fils, mais encore aux filles qui sont en puissance? Les textes répondent affirmativement à cette question, et Justinien dans les institutes le répète formellement; aucun doute n'est donc possible à cet égard ⁴. Nous allons indiquer en quelques mots, comment à l'aide de ce point certain, on tranche une controverse connue et dont nous avons déjà parlé, sur la question de savoir si autrefois la *filiæfamilias* était dans la même condition que le *filiusfamilias*, c'est-à-dire capable de s'obliger :

L'impubère *sui juris* ne pouvait contracter sans l'*auctoritas tutoris*; la femme *sui juris* était exactement dans le même cas et ne pouvait contracter sans l'*auctoritas* de son tuteur, qu'elle fût pubère ou impubère, puisqu'elle était sans cesse en tutelle ⁵. Cujas conclut de là que les *filiæfa-*

(1). D. nost. tit. I. 3, § 4.

(2). D. nost. tit. I. 6.

(3). D. nost. tit. I. 4.

(4). D. nost. tit. I. 9 § 2; inst. lib. IV, tit. VII § 7.

(5). Ulp. reg. tit. XI, § 27; Gaius, com. III, § 107, 108.

*milia*s ne pouvaient jamais contracter de dettes, par là même qu'elles étaient en puissance, parce que dans cet état, le père ne peut pas leur donner d'*auctoritas* ¹. Il est certain que tant que durait la puissance, les *filiaefamilias* impubères de même que les *filiifamilias* impubères, ne pouvaient voir leur incapacité effacée par l'*auctoritas* du *paterfamilias*, par cette raison péremptoire qu'ils n'étaient pas en tutelle, et qu'aux tuteurs seuls appartenait le pouvoir de compléter par leur *auctoritas* une capacité incomplète; d'ailleurs, se trouvant d'une part dans une entière dépendance, et d'autre part n'ayant pas de patrimoine à conserver et à faire fructifier, de quelle utilité leur eût été l'exercice d'une capacité même complétée par l'*auctoritas*? Mais une fois arrivés à l'âge de puberté, à l'âge de la capacité entière s'ils avaient été hors puissance, nous savons que les *filiifamilias* pouvaient sinon acquérir, du moins s'obliger; or, pourquoi les *filiaefamilias* n'auraient-elles pas été exactement dans la même situation? Par ce que si elles avaient été indépendantes, elles auraient été en tutelle? Mais ce n'est pas là une raison : lorsqu'elles étaient indépendantes, on leur donnait un tuteur parce que, étant maîtresses actuellement d'un patrimoine acquis et certain, on ne voulait pas que, sans aucune direction, sans aucune surveillance, elles le dissipassent au détriment de leurs agnats appelés un jour à le recueillir; mais lorsqu'elles restaient en puissance, on n'avait aucun motif de les soustraire au droit commun de la *patria potestas*, elles n'avaient pas de patrimoine à compromettre, elles étaient de fait sous la surveillance de leur *paterfamilias*, rien n'était plus incertain que la possibilité d'être un jour maîtresses de leurs biens. Le motif que le père de famille ne pouvait leur donner l'*auctoritas* est donc insignifiant à lui

(1). Cujas, observ. VII, II.

seul, puisque le *filiusfamilias* n'avait pas besoin non plus d'*auctoritas*, que cependant il pouvait s'obliger, qu'aucun texte ne les distingue l'un de l'autre, et que l'opinion qui veut distinguer ne s'appuie que sur des probabilités.

Bien plus, non seulement on ne trouve aucune raison de distinguer, mais le texte du digeste à notre titre ¹, que nous avons déjà indiqué, tranche radicalement la question et prouve qu'à Rome on ne distinguait pas. Il est d'Ulpien, et s'exprime ainsi : *hoc senatusconsultum et ad filiasquoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si affirmetur ornamenta ex eâ pecuniâ comparâsse. Nam et ei quoque qui filiosfamilias credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur ; nec interest consumpti sint nummi an exstent in peculio. Multò igitur magis, severitate senatusconsulti, ejus contractus improbabitur qui filicesfamilias mutuum dedit.* Il résulte formellement de ceci que la *filiasfamilias* jouit de l'exception du sénatusconsulte si elle a contracté un emprunt, dans les cas où elle est donnée, et cela sans qu'on ait à s'occuper quel emploi elle a fait de l'argent. Or, si elle a besoin de l'exception, c'est qu'elle est soumise à une action, et si elle est soumise à une action, c'est qu'elle peut valablement s'obliger. Avec ce texte, la solution de la question est entière, et c'est sur lui que doivent se porter tous les efforts de ceux qui la combattent. Mais il est tellement clair et précis qu'il défie toutes les subtilités, et il serait trop long et hors du sujet de reproduire ici celles qu'on a imaginées en vain pour le dénaturer ².

(1). D. nost. tit. l. 9 § 2.

(2). de Savigny, trait. dr. Rom. tom. 2, app. V.

SECTION 3.

Quelle est la sanction du Sénatusconsulte ?

La sanction du sénatusconsulte, nous la connaissons d'après ses termes mêmes, c'est le refus de l'action au prêteur. Nous avons expliqué comment il était possible qu'elle se traduisit en une exception.

L'action était refusée non-seulement tant que durait la puissance, mais encore lorsqu'elle était expirée. *Expectatâ morte patris*, dit le sénatusconsulte, mais il faut décider de même dans le cas où la puissance finissait par un autre mode ¹.

Mais si l'obligation du fils de famille n'était pas reconnue civilement, si elle était dépourvue de moyen de coercition, elle n'en subsistait pas moins à l'état d'obligation naturelle, *quia naturalis obligatio manet*, dit Paul ², et portait avec elle toutes les conséquences de ces obligations : or le premier et le plus important effet de l'obligation naturelle, c'est de valider le paiement et de mettre obstacle à la *condictio indebiti*; il n'y a pas eu en effet paiement de l'indû, puisque la chose était due naturellement, *naturâ debebatur*. Donc, si le *filius-familias* qui a contracté un *mutuum* en contravention au sénatusconsulte macédonien paie le créancier, il ne pourra pas répéter. Mais ce dernier ne sera pas plus avancé, si à l'époque où le paiement a eu lieu, son débiteur était toujours en puissance, car dans cet état, le fils ne pouvant disposer de rien sans le consentement de son père, celui-ci revendiquera dans les mains du créancier la somme payée, et il triomphera forcément dans sa prétention ³. Si l'autorisation du *paterfa-*

(1). Pothier, pand. Just. nost. tit. n° XIV; D. nost. tit. l. 7 § 5.

(2). D. tit. nost. l. 10.

(3). D. lib. XII, tit. 1, l. 14.

*mili*as est intervenue, il n'aura rien à redouter, car nous savons que le sénatusconsulte ne s'applique pas en cas de ratification du père, et l'autorisation de payer est une ratification du contrat.

Le paiement ne tiendra donc, par suite de l'obligation naturelle, que si le *filiusfamilias* est devenu *sui juris* au moment où il l'a fait ¹. Le paiement sera encore valable et la *condictio indebiti* que voudrait exercer le fils serait repoussée, si ayant payé alors qu'il était encore en puissance, il est devenu *sui juris* au moment où il veut exercer la *condictio* ².

A propos de la non-validité du paiement fait pendant la puissance par le *filiusfamilias* s'élève une controverse qui prend naissance dans la contradiction de deux textes : le père, avons nous dit, peut revendiquer la somme payée sans autorisation, car le fils n'a le droit de disposer de rien. Cependant, par exception, Julien admettait que si le fils avait payé avec des deniers que lui avait donnés une personne étrangère, sous la condition expresse qu'ils serviraient à rembourser le prêt, *ut creditori solvat*, le père ne pouvait revendiquer, car dans ce cas la propriété était censée transférée immédiatement du donateur au créancier; mais que si la donation avait été faite simplement et sans condition, la propriété des deniers ayant été acquise au père, le fils ne pouvait valablement payer; et s'il l'avait fait, ajoutait le jurisconsulte, la *condictio* était, dans tous les cas, *ex omni eventu*, ouverte au *paterfamilias* ³. Or comment s'expliquer ici la *condictio*? N'est-ce pas la *revendicatio* qui doit être donnée au père, puisqu'il était propriétaire, et que s'il a été dépossédé, il n'a pas du moins perdu la propriété? La *condictio* ne peut s'entendre,

(1). D. lib. XII, tit. VI, l. 40.

(2). D. lib. XII, tit. VI, l. 26 § 9.

(3). D. nost. tit. I. 9 § 1.

dans ce texte, quo du cas où les écus auraient été consommés par le créancier.

Mais, dans ce cas où les écus auraient été consommés, nous trouvons justement au digeste, lib. XII. tit. l. 14, l'opinion de Marcellus qui, lui, refuse la *condictio* au père de famille, parce que, dit-il, la *condictio* ne peut être donnée que dans le cas où celui qui a reçu le paiement, si la propriété lui eût été immédiatement transférée, se serait trouvé soumis par le fait même à une action. Or ici, si le créancier fût devenu immédiatement propriétaire des écus, il n'eût été soumis à aucune action, puisque la translation de propriété opérée par le *filiusfamilias* eût éteint la dette naturelle de ce dernier. Il résulte donc d'une part de l'opinion de Julien, que le *paterfamilias* peut toujours recourir contre le créancier et obtenir satisfaction, que celui-ci ait ou non consommé l'argent; et d'autre part de l'opinion de Marcellus, que si l'argent a été consommé, le créancier est à l'abri de tout recours, c'est comme si la propriété lui eût été immédiatement transférée. La contradiction est complète, faut-il se tenir à l'un ou à l'autre de ces textes, ou bien chercher à les concilier?

Cujas¹ penche vers l'opinion de Marcellus; cependant il est difficile de s'expliquer, dans tous les cas, l'immense faveur dont jouirait alors le créancier; ne trouvera-t-il pas là, d'accord avec le fils, un moyen d'éluder le sénatusconsulte? Ne lui suffira-t-il pas d'employer immédiatement l'argent reçu, avant que le père ait pu être informé du paiement?

Une conciliation qui nous semble très-rationnelle, et que nous adoptons, est possible entre ces deux textes; elle a été proposée par Doneau²: le créancier a pu recevoir le paiement et consommer les écus de bonne foi; il a cru par exemple que

(1). Observ. XIV, 38.

(2). Comm. D. lib. XII, tit. l. tom. 10, p. 244.

le *filiusfamilias* était devenu *sui juris*. Dans ce cas, la *condictio* ne sera pas donnée contre lui, la consommation de bonne foi équivaldra à l'acquisition de la propriété. C'est le cas du texte de Marcellus.

Mais le créancier a pu aussi recevoir et consommer le paiement de mauvaise foi; il savait que le fils était en état de puissance, qu'il n'avait pas l'assentiment paternel, que par conséquent les écus qu'il recevait ne lui appartenaient pas et qu'il ne pouvait pas en disposer. Si malgré cela, il a persisté à recevoir le paiement, et bien plus, s'il a consommé les espèces, il est certain qu'il doit être soumis à la *condictio*; en effet s'il ne possède plus, c'est par dol; or il reste tenu d'après cette règle: *dolus pro possessione est*. C'est le cas du texte de Julien. Cette conciliation a été admise par Pothier¹.

Nous avons dit que le paiement opéré par le *filiusfamilias* devenu *sui juris* est valable et ne peut être répété; il faut en dire autant de la novation ou de tout autre acte de reconnaissance que ferait le fils une fois hors de puissance². Il est en effet complètement maître de son patrimoine et peut disposer de ses biens comme il l'entend. S'il s'oblige de nouveau, ou si d'une façon quelconque il reconnaît la dette, il renonce par là même au bénéfice du sénatusconsulte. Cependant Pomponius décidait que si la novation faite par le fils *sui juris* reposait sur une erreur de fait, il pouvait repousser l'action du créancier au moyen d'une exception *in factum*³.

Supposons que le *filiusfamilias*, après être devenu *sui juris*, n'opère qu'un paiement partiel de la dette qu'il avait contractée pendant qu'il était en puissance; il est certain, puisqu'il est obligé naturellement, que ce paiement est valable au moins jusqu'à concurrence de la partie payée, et qu'en aucun cas

(1). Pand. Just. nost. tit. tom. 1, p. 439.

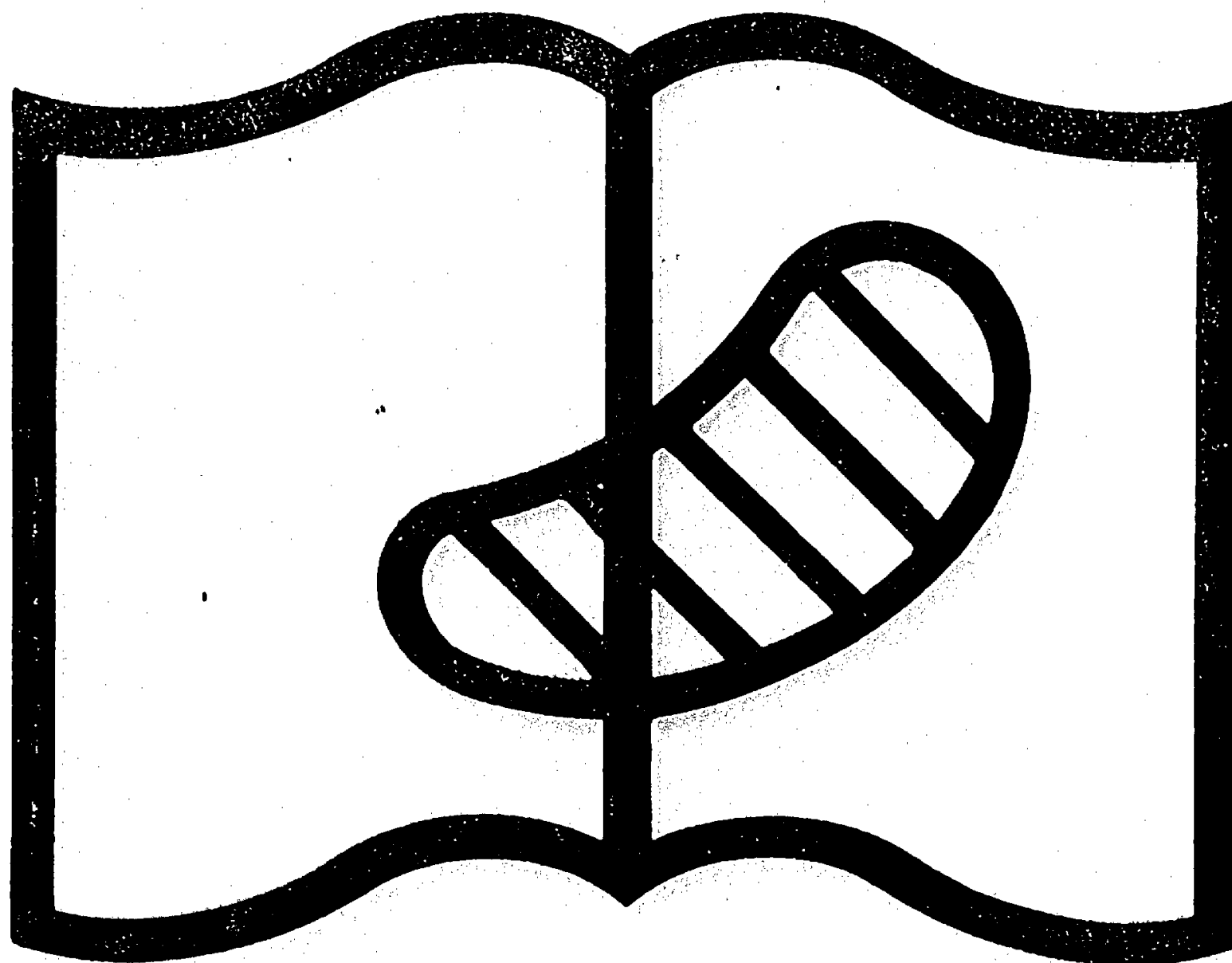
(2). C. nost. tit. 1. 2.

(3). D. nost. tit. 1. 20.

cette partie ne pourra être répétée. Mais le créancier trouvera-t-il dans ce paiement partiel une action pour se faire payer le reste de la somme; en autres termes, le paiement partiel implique-t-il nécessairement une reconnaissance de la dette pour le tout? Nous ne parlons pas, bien entendu, du cas où il résulterait des termes mêmes du paiement que la reconnaissance a été complète, par exemple si le fils en payant avait déclaré que c'était à titre d'à-compte.

A première vue, on pourrait induire l'affirmative du texte suivant, qui forme le § 16 de la loi 7 à notre titre au digeste: *si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit senatusconsultum: nec solutum repetere potest*. Les expressions: *cessabit senatusconsultum* sont en effet significatives; dire que le sénatusconsulte sera sans effet, c'est dire que l'exception ne pourra en aucune façon être opposée, et que le créancier réussira complètement dans son action. Cependant il ne faudrait pas, croyons nous, prendre ce texte tellement à la lettre. Remarquons en effet ces derniers mots: *nec solutum repetere potest*; ce n'est pas sans intention qu'ils ont été ajoutés par Ulpien, or qu'a-t-il voulu dire? Il n'a pas voulu assurément nous apprendre purement et simplement que la partie payée ne pouvait être répétée, cela n'était douteux pour personne. N'a-t-il pas voulu plutôt compléter sa pensée et dire: le sénatusconsulte n'empêchera pas la partie payée d'être valablement payée, c'est-à-dire le contrat l'emportera cette fois sur la prohibition macédonnienne, mais seulement pour ce qui a été payé.

Ce n'est pas tout: un autre texte, la loi 9, pr. à notre titre au digeste, confirme pleinement cette opinion. Il est également d'Ulpien et dit ceci: *sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem*. Or, où est la



Original illisible

NF Z 43-120-10

raison de distinguer? Pourquoi, lorsque c'est un paiement partiel qui intervient, la dette deviendrait-elle obligatoire pour le tout, et pourquoi ne le serait-elle que jusqu'à concurrence de la chose hypothéquée, dans le cas d'une constitution d'hypothèque? Cette raison n'existe pas, dans les deux cas il y a acquittement partiel de la dette, mais rien ne prouve que l'intention du débiteur ait été de reconnaître le tout. N'oublions pas d'ailleurs que nous sommes en face d'une obligation naturelle, que le créancier naturel n'a aucun moyen de se faire payer, qu'il n'a que le droit de maintenir le *statu quo* c'est-à-dire de retenir ce que pour une raison ou pour une autre on a bien voulu lui payer. Donc en décidant, que de même que la constitution d'une hypothèque insuffisante, le paiement partiel n'implique pas une reconnaissance pour le tout et ne peut profiter au créancier que dans la limite de la somme payée, nous restons dans les principes admis en matière d'obligation naturelle.

SECTION 4.

A qui profite l'exception du sénatusconsulte et à qui elle nuit.

§ 1^{er}. *A qui l'exception est-elle donnée.*

Quoique le sénatusconsulte ne le déclare pas formellement, il est certain que l'exception appartient aux héritiers du *filiusfamilias* s'il meurt *sui juris*, et au *paterfamilias* si le fils meurt en puissance ¹.

Nous savons aussi que du vivant du fils, le *paterfamilias* pouvait être actionné de *peculio*, à l'occasion d'un *mutuum* contracté par le premier, et que dans ce cas, l'exception du

(1). D. tit. nost. l. 7 §.10.

sénatusconsulte lui appartenait pour repousser l'action du créancier ¹.

Celui qui s'était porté fidéjusseur, et le mandataire d'un fils de famille à propos de l'obligation résultant d'un mutuum, étaient quant au profit du sénatusconsulte, exactement dans la même position que le fils de famille lui-même ; ils pouvaient donc opposer l'exception à l'action du prêteur. La raison en est qu'ayant après avoir payé, un recours à exercer contre le débiteur principal ou contre le mandant, s'ils n'avaient pas eu l'exception ils auraient été obligés de recourir, et le fils eût été forcé de payer, en dépit du sénatusconsulte ². Aussi chaque fois que ce motif n'existait plus, chaque fois qu'il n'y avait pas lieu de craindre le recours pour l'emprunteur, le fidéjusseur et le mandataire restaient dans le droit commun, c'est-à-dire qu'ils pouvaient être forcés par le créancier d'exécuter leur obligation. Tel était le cas par exemple, où le fidéjusseur avait accédé à la dette du *filiusfamilias* dans l'intention de lui faire une libéralité, *donandi animo*. Ulpien met toujours sur la même ligne le mandataire et le fidéjusseur, parce qu'en réalité le fidéjusseur pour pouvoir opposer l'exception, devra avoir garanti la dette à la suite du mandat que lui en aura donné le fils de famille ; si en effet il était venu s'obliger de lui-même et sans en être prié, il ne pourrait recourir contre le fils qu'en vertu de l'action *negotiorum gestorum*, or on lui répondrait que sa gestion n'a pas été utile et faite dans l'intérêt du *filiusfamilias*.

Les fidéjusseurs et mandataires qui se sont obligés à l'occasion du mutuum contracté par le fils de famille, se trouvant dans la même position que lui, et jouissant comme lui de

(1). C. nost. tit. l. 6, pr.

(2). D. tit. nost. l. 9 § 3.

l'exception du Macédonien, il en résulte que ce qu'ils ont payé sans user du bénéfice de l'exception est irrévocablement payé, ils ne peuvent pas le répéter, car ils sont obligés naturellement avec le *filiusfamilias* ¹. Mais si, par suite de leur négligence, de leur oubli, ou de leur ignorance, ils n'ont pas opposé l'exception et ont effectué un paiement soit total, soit partiel, ont-ils le droit d'exercer quand même contre le fils, l'action *mandati contraria* et de le forcer ainsi à suivre leur sort, ou plutôt à prendre leur place ?

Pour l'affirmative on dit : le *mutuum* d'une somme d'argent, seul est interdit au fils de famille, il peut passer valablement et efficacement tous les autres contrats, or ici l'obligation qui le lie résulte d'un mandat, il a donc pu parfaitement le contracter, et on peut le forcer à le tenir.

Pour la négative on répond, et selon nous, avec raison : il n'est pas permis au fils de famille de faire par une voie détournée ce que le sénatusconsulte lui défend de faire par une voie directe : or, il lui est défendu d'emprunter de l'argent, et lorsqu'il en emprunte, le créancier qui a contrevenu à la prohibition se voit, à titre de peine, refuser l'action. Si le fidéjusseur ou le mandataire, en payant le prêteur, pouvait forcer dans tous les cas le *filiusfamilias* à exécuter le contrat, ce qui arriverait s'il exerçait son recours contre lui, le créancier éviterait ainsi sûrement la peine dont a voulu le frapper le sénatusconsulte, ce qui est inadmissible. Nous savons en effet, que chaque fois que la fraude au sénatusconsulte est patente, on l'applique aveuglément ; ici, dans bien des cas, la fraude existerait.

D'après cela, nous devons dire que chaque fois que le fidéjusseur ou le mandataire a su qu'il pouvait opposer l'exception et qu'il ne l'a pas fait, de deux choses l'une : ou bien il

(1). D. lib. XII, tit. VI, l. 40, pr ; D. tit. not. l. 9 § 4.

aura voulu agir *donandi animo*, ou bien il se sera rendu complice d'une fraude ; dans le premier cas, nous avons déjà vu qu'il n'avait pas de recours, dans le second, nous le lui refuserons. Il supportera la peine à la place du créancier et ce sera justice, il n'avait qu'à opposer l'exception ¹.

Il peut arriver que le fidéjusseur ait payé de bonne foi, parce qu'il a cru par exemple, que le mutuum avait été autorisé par le *paterfamilias* ; dans ce cas nous lui accorderons son recours, c'est comme si le *filiusfamilias* lui-même avait payé.

Par une faveur extraordinaire, on décidait que le fils de famille ou le fidéjusseur, même après s'être laissé condamner sans avoir opposé l'exception, pouvait encore revenir sur sa détermination ou son oubli, et opposer l'exception au lieu de payer ².

§ 2. Contre qui l'exception est-elle donnée ?

L'exception est donnée contre le créancier, et non-seulement contre lui, mais encore contre ses successeurs, de quelque façon qu'ils aient succédé à sa créance. C'est ce que nous lit Ulpien en ces termes : *non solum ei qui mutuam pecuniam dedisset, sed et successoribus ejus deneganda est actio* ³.

Ainsi, qu'une personne stipule d'un fils de famille, la somme qu'un autre lui avait donnée en mutuum ; le nouveau créancier se trouvera ainsi délégué au fils de famille qui sera libéré vis-à-vis du prêteur ; bien qu'il n'y ait pas eu tradition d'espèces de la part du délégataire et que ce dernier ait stipulé personnellement, l'exception du Macédonien lui sera cepen-

(1). D. lib. XVII, tit. 1, l. 20, pr.

(2). D. tit. nost. l. 11.

(3). D. nost. tit. 1, 7 § 6.

dant opposable, car il n'est ici qu'un successeur à la créance du prêteur ¹.

Le texte auquel nous venons de renvoyer est contredit par une décision de Paul ² : celui-ci pense qu'en cas de délégation du *filiusfamilias* débiteur à un autre créancier, le premier ne peut pas opposer l'exception : la raison en est, dit-il, qu'il n'y a que le prêt d'argent qui soit défendu au fils de famille, or c'est en vertu d'une stipulation qu'il est obligé envers le second créancier, et la stipulation lui est permise. Il faut avouer qu'avec cette théorie, la prohibition du sénatusconsulte macédonien devie illusoire, et qu'il sera bien facile au fils de famille de la tourner; il lui suffira de trouver deux créanciers au lieu d'un, l'un pour le prêt, l'autre pour la stipulation.

Que le fils de famille soit efficacement obligé envers un délégataire de bonne foi, soit, puisque le sénatusconsulte fléchissait lui-même devant le prêteur de bonne foi; mais si le délégataire est de mauvaise foi, s'il a su que la créance qu'il acquerrait était fraudulente, on ne peut admettre qu'il triomphe dans son action. Ulpien l'entendait ainsi, puisqu'il prévoit justement le cas dans le texte indiqué, et qu'il décide que celui qui prend la créance au moyen d'une stipulation, est successeur du prêteur et comme tel, soumis à l'exception.

Il pouvait se faire que le prêteur fût un mineur de vingt-cinq ans; dans ce cas, sa situation était plus intéressante que celle du *filiusfamilias* majeur auquel il avait prêté; aussi pouvait-il être restitué contre le contrat ³.

Si l'emprunteur et le prêteur étaient tous deux mineurs de vingt-cinq ans, on appliquait alors la règle : *in pari causâ*,

(1). D. nost. tit. 1. 7 § 7.

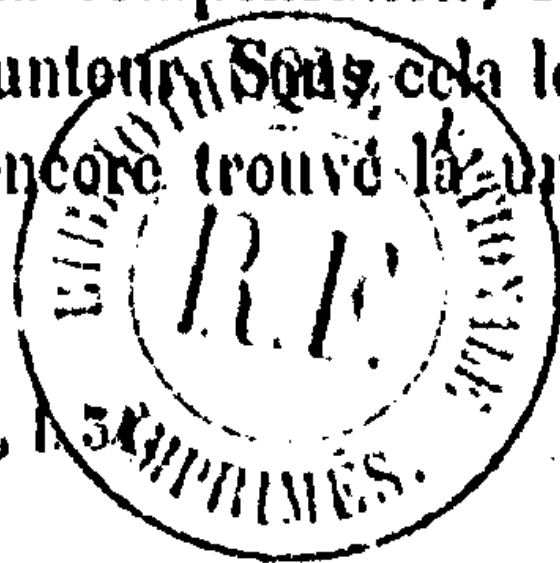
(2). D. lib. XLVI, tit. 11, l. 19.

(3). D. lib. IV, tit IV, l. 11 § 7; D. nost. tit. 1. 3 § 2.

melior est possidentis; à moins toutefois que l'emprunteur ne se soit enrichi de l'emploi du prêt, auquel cas le prêteur était restitué jusqu'à concurrence de ce dont le premier s'était enrichi ¹.

Bien que le prêteur en contravention au sénatusconsulte macédonien soit créancier naturel, on lui refusait cependant le droit d'opposer la compensation, s'il devenait à son tour débiteur de l'emprunteur. Sous cela les fils de famille et les usuriers eussent encore trouvé là un moyen de tourner la prohibition.

(1). D. lib. IV, tit. IV, l. 54.



DROIT FRANÇAIS.



DE LA COMPLICITÉ.

INTRODUCTION.

On peut dire qu'il n'y a pas dans notre droit pénal de théorie plus obscure que celle de la complicité, qu'il n'y en a pas surtout où les principes soient plus incertains, plus contestés et, on peut l'avouer, plus contestables. Ni le droit Romain, ni l'ancien droit ne nous ont tracé ici une route à suivre, et ne nous ont pas planté les jalons qui dans presque toutes les autres matières du droit ont guidé le législateur moderne. Qu'en est-il résulté ? Un laconisme tel de notre code pénal qui traite toute la matière en cinq articles, que les commentateurs n'y trouvant pas le fond suffisant d'une théorie se sont fait chacun la leur, et un système de pénalité tellement simple et réduit, qu'il a accumulé contre lui leurs critiques les plus vives.

Les peuples anciens ont tous puni la complicité, cela est certain. On trouve en effet dans l'histoire de ces peuples, la question appliquée aux accusés pour les forcer à révéler leurs complices. Tels sont les Égyptiens, les Perses. Pour les Grecs, nous en trouvons encore des preuves dans les traditions de leurs orateurs et de leurs poètes. Enfin pour les Romains, nous avons la loi elle-même : de nombreux textes

au digeste et au code sont relatifs à la complicité. Malheureusement, ces textes semés çà et là, pour la plupart contradictoires, sont loin de former un ensemble net et précis sur la matière qui nous occupe. On trouve toutefois un principe certain, c'est celui de l'assimilation des auteurs principaux et des complices ; les premiers s'appelaient *rei*, les seconds *participes vel socii* ; les uns et les autres étaient frappés de la même peine ¹. Quant aux caractères de la complicité, ils n'étaient pas définis dans une énumération spéciale ; il était dit en général que celui-là était complice qui avait contribué à l'infraction *ope et consilio*. Dans ces termes, rentraient, on le comprend, bien des cas ; quelques-uns étaient cités tout au long, mais ce n'était qu'à titre d'exemple et sans idée limitative ; ainsi on lit ceci au livre 4, titre 1, paragraphe 11 des Institutes de Justinien : « *In quo numero est qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut tibi obstitit, ut alius rem tuam exciperet, aut oves tuas vel boves fugavit, ut alius eas caperet* » ; et plus loin : « *ope consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forté fenestris supposuit, aut ipsas fenestras vel ostium effregit ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratiâ commodaverit* » ².

Ailleurs on voit que ceux-là sont complices qui donnent asile aux coupables ou recèlent des objets volés ³. On décidait aussi généralement à Rome, que le simple conseil ne constituait pas de complicité ⁴. On pourrait citer beaucoup d'autres textes encore ayant trait à la complicité.

(1) L. 15, dig. ad legem Cornel. de sicariis ; l. 7, § 6, dig. ad legem Pomp. de parricidiis.

(2). On peut croire, à la lecture de l'art. 60 du code pénal, que les rédacteurs de ce code se sont inspirés de ces passages.

(3). L. 1, dig. de recept. ; C. 1, cod. de his qui latron.

(4). L. 53, § 2, dig. lib. 50, tit. 16 ; l. 36, pr. dig. lib. 47, tit. 2 ; Inst. Just. lib. 4, tit. 1, § 11, in fine.

L'ancien droit conserva la règle du droit romain : l'auteur principal et le complice furent soumis à la même peine. Nous lisons en effet dans les *Établissements de Saint Louis* : « Tous ceux et celles qui font société avec les voleurs et les meurtriers ou qui les recèlent, seront condamnés au feu. Tous compagnons et recéleurs des voleurs seront traités comme eux, lors même qu'ils n'auraient rien volé. Si un meurtrier dépose quelque effet de celui qu'il aura tué, chez un autre, soit homme ou femme, et que celui-ci le reçoive sachant que c'est le fruit du vol, il méritera d'être pendu comme le meurtrier, selon qu'il est écrit au code : *de Sacris Ecclesiis* en la loi qui commence : *Jubemus, § æconomus* et aux *Décrétales* : *de officio delegati, cap. quia quæsitum*; car le recéleur mérite autant d'être puni que le malfaiteur. »

Beaumanoir², après avoir cité le cas du recéleur, de celui qui excite à voler, ou qui conseille le vol ou y donne son consentement ou qui en prend sa part, ajoute : « tous cil sont coupable du larrecin, aussi bien comme s'ils eussent esté, et doivent être justicié par le fait quand ils en sont ataint. »

Nous trouvons d'autres exemples de cette règle dans les ordonnances du 22 décembre 1477 de Louis XI, de 1515 et 1525 de François I^{er}, de 1559 de Henri II, de 1670 de Louis XIV et d'autres encore.

Toutefois, l'étude de ces textes romains, de ces ordonnances de nos rois, très-intéressante pour le compilateur et l'historien, ne nous serait pas d'un grand secours dans le commentaire des articles du code pénal. En effet, notre droit actuel, en matière de pénalité, ne tient pas, comme notre droit civil, par une filière directe, simple et non interrompue

(1). Est. liv. 1, ch. 32.

(2). Ch. XXXI, des larrechins.

au droit ancien et au droit romain ; les lacunes, lorsqu'il y en a, ne se comblent pas avec des principes admis autrefois, les textes obscurs ne s'interprètent pas avec les décisions des anciens auteurs. Tout dans ce droit, est nouveau : la théorie, le texte de la loi et l'application.

A la fin du XVII^e et pendant le XVIII^e siècle, en même temps que germaient dans bien des têtes les grandes idées sociales qui devaient se faire jour un peu plus tard, se développaient dans celle des philosophes et des jurisconsultes des théories nouvelles du droit pénal : on se demandait, ce qui jusque là n'avait jamais été bien défini, quelle était la véritable base du droit de punir.

Jusqu'alors, ce droit redoutable avait été dans la main de ceux qui l'exerçaient, une arme précieuse plutôt qu'une attribution naturelle de la souveraineté. Pendant la féodalité, chaque seigneur sur ses terres, considérait le droit de justice comme une propriété tout aussi légitime, tout aussi indiscutable que celle de son manoir. Plus tard, quoique le système féodal eût en grande partie disparu, et que la royauté fût maîtresse absolue, la pénalité n'en resta pas moins dans l'enfance : le principe dominant fût toujours l'idée de vengeance, la peine resta toujours excessive, souvent cruelle ; en matière politique le bon plaisir du roi fut la seule loi et l'histoire nous dit quelles criantes injustices, quelles peines atroces engendra la raison d'État.

Un novateur hardi, Beccaria, ose proclamer que la peine n'est que l'exercice par la société, du droit de légitime défense, que c'est là son seul but, et que si ce but n'existe pas, la peine ne peut plus être légitimement appliquée. Cette doctrine, s'inspirant des idées humanitaires qui se professaient alors, fut unanimement acceptée par les philosophes, c'est elle qui fournit à Rousseau la base de son contrat social.

Après Beccaria, Bentham fonda l'école utilitaire, qui donne pour unique motif à la répression l'utilité, c'est-à-dire la nécessité où se trouve le pouvoir social, s'il veut maintenir l'ordre, l'harmonie, l'équilibre qui doivent exister dans la société, de punir les troubles que certains membres y apportent. Et cette punition intervient, non pas pour faire expier sa faute au coupable, non pas en vue du crime ou du délit commis, mais en vue du crime ou du délit à commettre, afin que le condamné ne retombe plus dans la même faute et que ses concitoyens, témoins de son châtement, ne soient pas tentés de l'imiter. C'est à cette école qu'ont appartenu les rédacteurs de notre code pénal actuel, aussi leur a-t-on souvent reproché d'avoir exagéré bien des peines, dans un but d'intimidation.

Enfin, plus récemment, une autre théorie du droit de punir a eu pour auteur M. Rossi. Ce dernier trouve le principe de la justice pénale, non pas comme Beccaria dans la légitime défense, non pas comme Bentham dans la nécessité, mais dans la loi morale. Tout homme, pense avec raison M. Rossi, connaît les règles de la loi morale et doit s'y conformer ; s'il les enfreint, il sait d'avance que ce manquement demande une peine, veut une expiation. De plus, comme l'état nécessaire et naturel de l'homme est de vivre en société, que c'est pour lui un devoir de concourir au bon ordre et au fonctionnement normal de cette société, le pouvoir social est en droit de punir toute atteinte à la morale, qui en même temps est une atteinte à la société. Ainsi il faut, dans ce système, que toute répression punisse une infraction à la loi morale et en même temps une attaque à l'ordre social. La raison de la peine est ici, avant tout, l'expiation de la faute morale, mais comme d'une part la justice et la conscience humaines sont trop imparfaites pour atteindre ce but, et que, de l'autre, un

tel système sans limitation serait un empiétement sur un pouvoir qui n'appartient qu'à Dieu, on y met comme limite la nécessité du trouble social. C'est, sous une nouvelle forme et comme élément accessoire, le but utilitaire que nous retrouvons dans cette théorie.

J'avoue que s'il fallait choisir, d'une façon absolue, entre les trois systèmes que j'ai énoncés, et qui sont les principaux, c'est à celui de M. Rossi, que je me rattacherais, car il est le plus complet et en même temps celui qui satisfait le plus l'esprit.

Mais je pense, suivant en cela l'avis de criminalistes distingués, qu'il ne faut pas chercher le véritable fondement de la loi pénale dans un principe isolé, mais dans la réunion de ces principes, c'est-à-dire et dans le principe de défense et dans celui d'utilité et dans celui de la justice morale ; ce sont toutes ces bases unies, cimentées ensemble, n'en faisant qu'une, qui sont le fondement réel et inébranlable du droit de punir.

C'est à la suite de ce grand mouvement philosophique du XVIII^e siècle que fut faite notre législation pénale ; on comprend donc que les législateurs s'inspirèrent des idées nouvelles plutôt que de recourir aux textes anciens.

On peut aussi donner une autre raison du peu d'utilité des lois et des auteurs d'autrefois, pour l'explication du code pénal ; c'est que, dans ces matières, tout est de stricte interprétation, la lettre seule de la loi doit parler, autrement il est de principe que le doute s'interprète en faveur de l'impunité.

Revenant à l'objet de ce travail, c'est-à-dire à l'étude de la complicité, nous adopterons la division suivante :

Dans une partie théorique, nous exposerons, d'abord les principes généraux de la complicité, ensuite ceux admis par la théorie du code.

Dans une partie pratique, nous étudierons le système du code dans ses applications.

Dans un appendice, nous examinerons la matière dans quelques législations étrangères.

PARTIE THÉORIQUE.

CHAPITRE 1^{er}.

Principes généraux.

SUMMARI

- 1 — Qu'est-ce que la complicité?
- 2 — Vritable origine du mot.
- 3 — Son but principal.
- 4 — Théorie de la complicité au XVII^e siècle.
- 5 — Opinion des criminalistes du XVIII^e.
- 6 — Distinction entre l'auteur et le complice ; différents systèmes.
- 7 — Division.
- 8 — Coopération avant le crime ; ordre ; mandat ; conseil ; instructions ; aide et assistance.
- 9 — Coopération pendant le crime.
- 10 — Coopération après le crime.
- 11 — Résumé.
- 12 — Difficultés de la mise en pratique.

1 — Qu'est-ce que la complicité? Il est très-difficile, je crois, de définir le sens juridique de ce mot, et la loi n'a même pas essayé de le faire. « Le premier sens, [dit M. Boitard], la première idée qui s'attache à ce mot, c'est celle du concours de plusieurs personnes rassemblées pour agir de concert dans un but coupable, pour commettre avec une

(1). Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle, pag. 192.

participation plus ou moins simultanée, un acte que la loi qualifie crime ou délit. Toutefois, s'empresse-t-il d'ajouter, cette idée générale du mot *complicité* manque d'exactitude. Ce mot présente, dans le système de nos lois pénales, un sens plus technique, un sens plus rigoureux qu'il importe de bien préciser, de bien définir. »

Or, c'est dans ce sens rigoureux et technique, dont la nécessité est sentie par l'auteur que je viens de citer et par tous ceux qui ont traité la complicité, que git une des principales difficultés de la matière :

En droit pénal, toute participation de plusieurs personnes à un crime n'entraîne pas nécessairement une complicité ; ainsi, que trois malfaiteurs se mettent en embuscade au détour d'un chemin dans le but d'assailir les voyageurs, et qu'ils dépouillent et tuent le premier qui vient à passer, il y a là trois assassins coauteurs, il n'y a pas de complices. Au contraire, que deux malfaiteurs seulement se postent au détour du chemin et accomplissent le crime au moyen des armes que leur a prêtées leur compagnon, sachant qu'elles devaient servir à l'assassinat, il y a deux assassins coauteurs et un complice. Ou encore, si non content de prêter des armes le troisième malfaiteur s'emploie à faire réussir le guet-apens, si par exemple il accoste le voyageur et lui offre de le guider, pour le conduire plus sûrement au lieu où on doit l'attaquer, il n'y a plus encore de complice, mais trois auteurs principaux, et cependant dans chaque cas il y a participation de plusieurs personnes au crime. On le voit donc, ce n'est pas là le caractère principal distinctif de la complicité.

En droit, le complice s'oppose à l'auteur principal, c'est là une idée qui vient tout naturellement à l'esprit : celui qui est complice n'est pas auteur et réciproquement. C'est cette distinction si simple cependant à énoncer, qu'il est pour

ainsi dire impossible de trancher d'une façon nette et précise, et qui fait le sujet d'interminables controverses. Contentons-nous, pour le moment, d'indiquer cette difficulté, nous essaierons plus tard, quand nous aurons étudié la théorie de la complicité, si nous pouvons donner à cette dernière une bonne définition.

2 — La théorie de la complicité, suivant celle du droit pénal en général dont elle fait partie, ne date, avons-nous dit plus haut, que de la fin du siècle dernier. Il faut reconnaître cependant, que grâce à des intelligences d'élite, telles que Jousse et Domat au XVII^e siècle, Montesquieu, Filangieri, Beccaria, Blackstone au XVIII^e, son ébauche était déjà assez avancée lors de la confection du code pénal de 1791, c'est-à-dire lorsqu'apparut le droit intermédiaire.

On aurait pu croire que le moment était arrivé, en traitant dans ce code le chapitre de la complicité, de résoudre pratiquement le grand problème de la justice distributive, c'est-à-dire de proportionner la peine non seulement à la grandeur du crime, mais encore et surtout à la part de responsabilité que chacun y a prise. Mais le législateur de 1791 se contenta du principe admis dans le droit romain et dans l'ancien droit, et il assimila complètement le complice à l'auteur principal. En 1810, lors de la confection du code qui nous régit aujourd'hui, le même principe fut inscrit dans l'art. 59. La question était ainsi radicalement tranchée, mais à la façon du nœud Gordien.

Cependant on admit quelques exceptions, car on sentait bien qu'il était par trop rigoureux de pousser l'application du principe jusque dans ses dernières conséquences. Enfin en 1832, un adoucissement fut encore apporté au principe d'assimilation, et à la même époque l'introduction des circonstances atténuantes dans tous les crimes ou délits, tem-

péra, du moins en fait, l'excès de sévérité du système qu'on conservait.

3. — Le but de cette partie de notre travail est de nous demander s'il est une solution pratique à la grande question que nous venons de poser, celle de la justice distributive, si en autres termes il est possible au législateur d'édicter à l'avance une peine correspondant à la part de responsabilité encourue par chaque coupable dans un crime ou délit, et cela, bien entendu, sans méconnaître les principales qualités d'une bonne loi pénale, c'est-à-dire la simplicité et la clarté.

« C'est une proposition que nous ne chercherons point à démontrer, disent MM. Chauveau et Faustin Hélie⁽¹⁾, que la culpabilité de tous ceux qui coopèrent à un même crime peut n'être pas la même. Dès qu'un crime est commis par suite d'un complot, d'une association, d'un plan concerté, il est évident que chacun des complices y prend une part plus ou moins active, suivant son caractère et la nature du rôle qu'il est appelé à y remplir : celui-là, qui manifeste le plus d'audace, se charge du poste le plus périlleux ; celui-ci qui éprouve plus de repentir et d'hésitation, se contentera de veiller à la sûreté des associés ; un autre est entraîné sans comprendre la portée de son action ; un autre agit sous l'empire d'une provocation, d'une contrainte ; un autre enfin a pu donner des instructions pour l'exécution, mais sans y assister ; tous ont concouru à accomplir le même crime, mais tous révèlent à l'observateur attentif, des nuances plus ou moins tranchées, des différences plus ou moins vives dans le caractère de leur participation. » Et plus loin : « Il s'agit donc de tracer les degrés principaux qui séparent les uns des autres les auteurs d'un crime..... »

(1). Théorie du code pénal, tom. 1^{er}, pag. 412.

mais quelles distinctions, quels degrés admettre dans la complicité ?

Il est un point sur lequel tous les théoriciens sont d'accord : c'est que le principe d'assimilation du complice à l'auteur principal est absolument contraire au principe de la justice distributive : il est évident en effet que pris à la lettre et sans aucun adoucissement à sa rude simplicité, il rejette les nuances, les différences dont parlent MM. Chauveau et Faustin Hélie ; et cependant ces nuances et ces différences sont certaines, et ce serait une loi injuste et mauvaise que celle qui n'en tiendrait pas compte.

4 — Les commentateurs et les criminalistes de la fin du XVII^e siècle, vivant à une époque où la règle d'assimilation était appliquée dans toute sa brutalité, essayaient déjà de proposer une théorie plus équitable ; voici en abrégé les distinctions que faisaient Jousse ¹, et les juristes de son temps :

On est complice d'un crime de plusieurs manières :

1^o En y coopérant et prêtant secours.

2^o En obligeant, persuadant ou engageant à le commettre, soit par ordre, soit par conseil ou mandat.

3^o En y adhérant après qu'il est commis, par applaudissements ou récompenses.

4^o En n'empêchant pas le crime par la révélation, quand on sait que quelqu'un est près de le commettre.

La coopération se distinguait elle-même suivant trois époques :

1^o *Avant le crime* ; par exemple en fournissant les instruments qui doivent servir à le commettre.

2^o *Pendant le crime* ; par exemple en donnant secours et assistance au criminel dans le temps même de l'action.

3^o *Après le crime* ; par exemple en partageant les effets volés, en recevant chez soi le criminel.

(1). Traité de la justice criminelle en France, tom. 1^{er}, pag. 20 et suiv.

Ceux dont la coopération 'est simultanée à l'exécution du crime se confondent avec les auteurs principaux. Quant à ceux qui coopèrent au crime soit avant, soit après qu'il est commis, pour déterminer la peine qu'ils encourent, il faut encore distinguer trois cas :

1^{er} Cas : Le crime a été commis en conséquence d'un complot ou d'une délibération précédente, à laquelle a assisté ou consenti le complice. Dans ce cas la peine qu'il encourt est la même que celle de l'auteur principal.

2nd Cas : Il n'y a eu ni complot ni délibération précédente; on distingue encore : si le complice a été la cause prochaine et immédiate du crime, c'est-à-dire si c'est son aide ou sa présence ou les moyens qu'il a fournis, qui ont décidé l'auteur principal, il est puni de la même peine que ce dernier, mais si le complice n'a été que la cause éloignée du crime, il n'est puni que d'une peine moindre.

3rd Cas : Il n'est pas certain, il est douteux s'il y a eu délibération précédente, à laquelle le complice ait pris part ; dans ce cas on pouvait le soumettre à la question préparatoire, afin d'obtenir son aveu.

Celui qui fait le guet pendant que ses associés exécutent le crime, est censé en être la cause prochaine, il doit donc être puni de la même peine que les auteurs principaux. Celui qui garde les hardes et effets des exécutants, n'est considéré que comme cause éloignée et n'encourt qu'une peine moindre que celle des auteurs principaux.

Les recéleurs des voleurs et ceux d'objets volés sont punis de la même peine que les voleurs eux-mêmes. Cependant on trouve des opinions tendant à ne les frapper que d'une peine moindre. Ainsi Chassance, sur la coutume de Bourgogne au titre : *Si aucun commet larcin*, rub. 1, § 5, n° 10, dit que pour lui il a toujours pensé que les recéleurs de

choses volées ne doivent pas être punis de la même peine que les voleurs, mais d'une peine moindre.

En règle générale, le complice par ordre ou mandat est puni de la même peine que l'auteur principal ; mais de nombreuses exceptions sont faites à cette règle :

Ainsi si celui qui a donné l'ordre, l'a révoqué avant que le crime ait été commis, et que la révocation ait été notifiée à l'inférieur qui avait reçu l'ordre, la peine du complice doit être moindre.

Le mandant ne doit pas être puni de la même peine que le mandataire, lorsque celui-ci a excédé le mandat qui lui a été donné. Mais l'exception n'a pas lieu si le mandataire excède son pouvoir en présence du mandant, sans aucune réclamation ou contradiction de la part de ce dernier.

De même, lorsqu'il y a dans la personne du mandataire une qualité qui rend à son égard le crime plus grand qu'à l'égard du mandant, comme si le mandant donnait commission à un fils de tuer son père, qui serait un étranger par rapport au mandant.

La preuve du mandat peut résulter non seulement de preuves directes, mais encore quelquefois de simples indices et conjectures : par exemple si quelqu'un a un ennemi capital et qu'il ait été vu parlant en secret à l'oreille d'un particulier, et que sur le champ ce particulier ait tué cet ennemi, cela forme un indice que ce particulier l'a tué par l'ordre du premier. Surtout si ce particulier est un domestique ou dans la dépendance de celui qui a parlé à l'oreille.

On ne peut informer contre le mandant à moins qu'il ne soit constant qu'il y ait un mandataire.

De même on ne peut informer contre le complice ou fauteur d'un crime, à moins qu'il ne soit constant qu'il y ait un principal auteur de ce crime.

La ratification ou l'approbation d'un crime fait supposer qu'il a été commis au nom de la personne qui le ratifie ou l'approuve, et c'est à cette dernière à prouver qu'il n'a pas été commis en son nom. Si elle ne le prouve pas, elle est punie de la même peine que l'auteur principal ; si elle le prouve, elle n'encourt qu'une peine moindre.

Jousse admet qu'en règle générale, celui qui conseille à quelqu'un de commettre un crime doit être puni de la même peine que celui qui commet le crime. Il fait rentrer dans la complicité par conseil le cas de celui qui donne à l'auteur toutes les instructions pour commettre le crime. Il excepte toutefois de cette règle générale :

1° Le conseil donné de bonne foi ou par légèreté et en badinant, sans en sentir les suites.

2° Le conseil donné d'une manière qui pouvait recevoir une interprétation favorable et non criminelle.

3° Le conseil qui n'a été suivi que de la tentative du crime.

On est enfin complice par la non-révélation du crime dont on connaît le projet. Et ce cas reçoit son application surtout dans les grands crimes, comme ceux de lèse-majesté, parricide, etc.

Suivant une ordonnance de Louis XI de décembre 1477, la seule connaissance du complot ou du crime qui doit s'exécuter et qu'on ne révèle point, quand il s'agit du crime de lèse-majesté, suffit pour rendre criminel et pour faire mériter à celui qui a négligé de faire cette révélation, la peine de mort.

Enfin les lois sur la complicité sont quelquefois poussées si loin, qu'elles enfreignent le principe de la personnalité de la répression, et Jousse lui-même va jusqu'à dire ceci : « Afin d'inspirer plus d'horreur pour certains crimes, ces lois pu-

nissent quelquefois, pour le crime de leur père, les enfants et autres proches parents des criminels, comme dans le crime de lèse-majesté. Car, quoique suivant la règle ordinaire, il n'y a que celui qui a commis le crime qui doit porter la peine, néanmoins quand il s'agit du crime de lèse-majesté au premier chef, les enfants, quoique innocents, de celui qui est coupable de ce crime, ne laissent pas d'éprouver en partie la peine qui y est attachée, et on les punit ordinairement, ou du bannissement, ou par la privation des biens qui devaient leur appartenir suivant la loi de nature. »

Si j'ai reproduit en détail cette théorie de la complicité au XVII^e siècle, ce n'est pas pour en poursuivre une étude approfondie, mais seulement d'une part, pour faire ressortir les différences et les ressemblances entre la répression pénale de cette époque et celle d'aujourd'hui; d'autre part, pour montrer à leur apparition les germes d'idées de modération et d'humanité qui, quoique cachés et perdus dans la masse de règles et de principes romains, barbares ou féodaux, devaient cependant se développer dans le siècle suivant, et par une éclosion parfaite, étonner et remplacer des idées qui avaient fait leur temps.

On reconnaissait donc déjà qu'il y a des cas où il est injuste de punir le complice comme l'auteur principal. Cette règle, écrite au fond de la conscience de tout homme, immuable parce qu'elle est juste, qui veut que la peine soit proportionnée à la culpabilité, commençait donc à inquiéter les criminalistes; mais aussi quelle bizarre incohérence, pour qu'à côté de ces préoccupations si nobles et si légitimes, des esprits tels que Jousse et Domat, osassent écrire et admettre que la torture est un mode légal d'instruction, et qu'il est des cas où il est juste de punir les enfants pour le crime du père. Quelle preuve plus manifeste de la force et de l'ascen-

dant des doctrines, lorsqu'elles ont pour elles la consécration du temps, fussent-elles d'ailleurs fausses et injustes, et que de reconnaissance en même temps que de respect, sont dûs aux génies novateurs, qui les premiers osent en proclamer la fausseté.

5 — Il serait trop long d'énumérer ici en détail les opinions des jurisconsultes et des philosophes du XVIII^e siècle, qui étudiant et réformant la philosophie du droit pénal, se sont occupés, à l'occasion du problème de la justice distributive, de la matière de la complicité :

« Plus les gouvernements, dit Montesquieu, sont animés de l'esprit de la liberté, plus les peines y sont douces. » Et c'est plein de cette pensée qu'il repousse le principe d'assimilation de la peine à propos des recéleurs et des voleurs ¹.

« Les punitions d'une trop grande sévérité, dit Blackstone², surtout si elles sont indistinctement employées, ont moins d'effet pour prévenir les crimes et retenir les peuples que celles qui sont plus modérées. » Et plus loin : « Lorsqu'on ne met aucune distinction dans les punitions, le peuple se persuade qu'il n'y en a point dans les crimes. » Aussi conclut-il qu'une distinction doit séparer, dans la peine, l'auteur principal de son complice.

« Lorsque plusieurs hommes, dit Beccaria³, s'unissent pour affronter un péril commun, plus le danger sera grand, plus ils chercheront à le rendre égal pour tous. Si les lois punissent plus sérieusement les exécuteurs du crime que les simples complices, il sera plus difficile à ceux qui méditent un attentat, de trouver parmi eux un homme qui veuille l'exécuter, parce que son risque sera plus grand en raison de la différence des peines. »

(1). Esprit des lois, liv. XXXIX, ch. 12.

(2). Commentaires sur les lois anglaises, tom. 8, pag. 334.

(3). Des délits et des peines, édition de 1856, pag. 81.

G — Tout le monde est donc d'accord pour établir des distinctions, mais nous répétons avec MM. Chauveau et l'austin Hélie, quelles distinctions, quels degrés admettre dans la complicité?

Nous aurons occasion de voir, lorsque nous expliquerons le système du code, qu'il a le tort de ne pas établir une différence tranchée entre l'auteur principal et le complice, ou plutôt entre les actes d'exécution et les actes de complicité. Or c'est là la base nécessaire de la solution que nous avons à donner : avant de distinguer quelle sera la peine de l'auteur principal et quelle sera celle du complice, il est clair qu'il faut savoir quand est-ce qu'on est auteur et quand est-ce qu'on est complice?

A première vue, il semblerait que celui-là seul est auteur qui agit, qui exécute matériellement et directement le crime, et que tous les autres qui participent au même crime n'en sont que les complices. On est en effet assez porté à confondre auteur avec acteur ; l'auteur serait celui qui joue le rôle actif, matériel, par exemple celui qui frappe la victime, celui qui s'introduit dans la maison, force le coffre et vole son contenu ; le caractère principal de l'auteur serait la participation matérielle. Quant au complice, son rôle serait ou matériel ou moral, selon le caractère de sa participation au crime : serait complice tout participant au crime, pourvu qu'il n'eût pas agi pendant l'exécution.

Ce système paraît établir une distinction nette et définie entre l'auteur et le complice, et semble répondre assez bien à l'esprit des articles 59 et 60 du code pénal ; cependant il ne faut pas s'y tromper : rien n'est au contraire plus difficile, dans la pratique, que de distinguer celui qui agit de ceux qui ne font que l'aider ou l'assister. De plus, il n'est pas admissible en théorie : en effet, s'il est vrai qu'il y a des complices

par participation matérielle ou morale, il est vrai aussi qu'il y a des auteurs par participation matérielle ou morale; en autres termes, de ce que l'acteur à l'exécution, l'agent physique, est toujours auteur principal, il ne s'en suit pas que la réciproque soit vraie et que l'auteur principal soit toujours agent matériel; nous verrons tout-à-l'heure qu'il est bien des cas où il peut être participant simplement moral.

Un second système, proposé par quelques criminalistes et soutenu par M. Carmignani ¹, consiste à distinguer seulement la participation morale de la participation physique. Dans cette théorie, tout participant physique est auteur principal, tout participant moral est complice; et la principale raison qu'on en donne, c'est que celui qui exécute, celui qui agit, dénote toujours une audace plus grande, un endurcissement plus profond que celui qui se contente de former la résolution, mais qui n'ose pas l'exécuter. Ce système se réfute par les mêmes raisons que le premier : est-il en effet besoin d'insister sur ce point que la perversité peut au contraire se rencontrer plus grande dans l'instigateur que dans l'agent, et que par conséquent la responsabilité du dernier devra être moins grande que celle du premier. Qu'on suppose par exemple, un homme instruit, rusé, habile, ayant intérêt à la mort d'une personne et voulant la tuer, mais qui, pour ménager les apparences, va trouver un malheureux vagabond n'ayant rien à perdre, et lui offre de l'argent s'il veut commettre le crime, lui promettant en outre qu'il ne sera pas découvert. Il est évident qu'ici le provocateur est le plus coupable, qu'il est un véritable auteur principal, et qu'il serait injuste de ne le considérer que comme complice, tandis que son associé serait considéré comme auteur. On ne peut donc accepter cette distinction comme fondement d'une différence entre les peines.

(1). *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, tom. 2, pag. 363 et suiv.

Nous préférons, avec les auteurs de la théorie du code pénal, avec M. Rossi et tous les criminalistes qui, en dernier lieu, se sont occupés de la matière, remonter à un principe plus juste et plus vrai. La véritable distinction, c'est celle entre la participation principale et la participation secondaire, que l'une ou l'autre soit morale ou physique. Nous allons donc avoir à examiner tous les cas de coopération à l'infraction, et à nous demander sur chacun d'eux, si le participant a pris une part principale au crime, ou s'il n'y a pris qu'une part secondaire. Dans le premier cas, nous déciderons qu'il est auteur principal, dans le second, qu'il est complice. Passant ensuite à l'application proportionnelle de la peine, nous dirons que l'auteur principal ou les coauteurs encourent seuls la peine du crime, et que les complices ne doivent être frappés que d'une peine inférieure.

7 — On divise généralement la coopération au crime en trois époques :

1° Avant le crime.

2° Pendant le crime.

3° Après le crime.

8 — La coopération avant le crime est ou morale ou physique, la première peut avoir lieu : 1° par ordre ; 2° par mandat ; 3° par encouragement, conseil ; 4° par instructions. La seconde : par aide et assistance dans les actes préparatoires.

Ordre. — Pour qu'il y ait réellement ordre, commandement, il faut que la personne qui ordonne ait autorité sur celle à qui elle ordonne. On comprend en effet que si ces deux personnes sont étrangères et sans aucun lien d'obéissance de l'une à l'autre, on ne peut pas dire que celle-ci a donné un ordre, puisque celle-là était libre de ne pas y avoir égard. Quand au contraire, le lien autoritaire existe, il y a eu un

véritable commandement ; dans ce cas, celui qui l'a donné prend évidemment une part principale dans le crime ou le délit, il en est la cause prochaine, immédiate, en un mot il est coauteur. Il doit donc être puni de la peine du crime. Nous sommes d'accord ici avec l'ancienne théorie que nous avons rapportée plus haut.

Mandat. — Le mandat diffère du commandement en ce que le mandant n'a aucune autorité sur le mandataire. Il diffère du conseil et des instructions en ce que le mandataire passe un véritable contrat avec le mandant, contrat par lequel il manifeste son acceptation de la commission qui lui est donnée, et s'engage à l'accomplir. Peu importe, pour l'existence du mandat, qu'il soit gratuit ou qu'il y ait un salaire promis ; cependant cette circonstance serait, on le comprend, d'un certain poids, sinon dans la détermination de la peine en général, du moins dans le quantum de la peine, dans l'application particulière.

Nous admettons encore ici, conformément à la théorie de Jousse, que le mandant est coauteur et qu'il doit être, comme l'exécutant, puni de la peine du crime. Mais il faut, bien entendu, que le contrat soit établi ; s'il n'y avait eu qu'une offre de mandat, sans acceptation du mandataire, la coopération morale ne serait plus la même, elle se réduirait à un encouragement, à un conseil. Le motif de notre décision, c'est que celui qui donne mandat est la cause déterminante de l'infraction, le mandataire ne l'exécute que pour obéir au mandat.

Lorsque le mandataire outrepassa ses pouvoirs, c'est-à-dire s'il commet un crime plus grave que celui qu'on lui avait donné commission de commettre : par exemple, s'il était chargé de voler seulement un voyageur sur la route, et qu'il l'ait assassiné, considérons-nous toujours le mandant comme

coauteur du crime d'assassinat, ou bien simplement comme complice? Je crois avec MM. Chauveau et Faustin Hélie, qu'il faut distinguer si le mandant a pu prévoir les conséquences de l'action qu'il fait commettre. S'il a pu les prévoir, si dans le cas particulier il a pu se douter que son émissaire ne se contenterait pas de voler, mais qu'il assassinerait, il est coauteur; sinon on ne peut pas dire qu'il est la cause prochaine du crime, il n'en est que la cause éloignée, et conformément aux règles que nous avons posées, nous devons dire qu'il n'est que complice, ne devant subir qu'une peine inférieure à celle du mandataire.

Si le mandat, une fois donné et accepté, avait cependant été révoqué par le mandant, serait-il, nonobstant sa révocation, responsable du crime? Il est certain d'abord que si la révocation est postérieure au commencement d'exécution, c'est comme si elle n'avait pas eu lieu. Ensuite, même en la supposant antérieure au commencement d'exécution, il faut encore savoir si le mandataire l'a connue. S'il l'a connue et qu'il ait persisté à commettre le crime, il en assume seul toute la responsabilité, mais s'il l'a ignorée, le mandant est aussi coupable que s'il n'avait pas révoqué.

Encouragement, Conseil. — Ce mode de coopération est plus difficile à apprécier que les précédents : en effet, l'ordre, le mandat, sont des moyens sur la moralité desquels il n'y a pas de doute possible; celui qui les emploie a un but certain, un intérêt en vue; on ne peut en dire autant de celui qui approuve le crime ou l'encourage de ses conseils; peut-être le fait-il dans un but secret, par exemple de poursuivre une vengeance; mais peut-être aussi le fait-il sans intérêt, sans intention méchante, par mauvaise habitude. Peut-être le conseil aura-t-il été la cause principale, déterminante du crime, peut-être n'en aura-t-il été que la cause secondaire, peut-être

encore n'aura-t-il été d'aucune influence sur un projet déjà formé et sur le point de s'accomplir. Or, de toutes ces circonstances, dépend le degré de culpabilité ou même l'innocence de celui qui a donné le conseil.

Le conseiller n'employant ni autorité, ni dons, ni promesses, on devra rechercher dans d'autres circonstances, quelle dose d'influence, si on peut s'exprimer ainsi, il a exercé sur l'agent. S'il est établi que son conseil a été la cause principale du crime, il est coauteur ; s'il n'en a été que la cause secondaire et médiate, il est complice ; enfin s'il n'a eu aucune influence sur le crime, il n'est pas coupable.

Les auteurs de la théorie du code pénal ne punissent pas le conseil qui n'a eu sur l'auteur principal qu'une influence secondaire. L'opinion contraire, que nous venons d'émettre, semblera peut-être un peu rigoureuse, mais nous la croyons logique et conforme à l'ensemble de la théorie que nous exposons. On peut dire, il est vrai, qu'un conseil donné à la légère, en badinant, peut avoir des conséquences que n'a pas mesurées celui qui l'a donné, et que dans ce cas il est injuste de lui faire supporter une part quelconque de responsabilité. A cela je répondrai : qu'il faut d'abord être très réservé sur l'interprétation du mot *conseil*, il est évident qu'un badinage, une plaisanterie, n'est pas un conseil, et je n'entends par ce terme qu'un acte sérieux, intentionnel, fait avec connaissance de cause. Qu'ensuite du moment où on reconnaît que le conseiller a pris une part dans le crime, il est juste qu'il ait une part dans la responsabilité ; que puisque cette part n'est que secondaire, la peine ne sera elle-même que secondaire, c'est-à-dire que conformément aux principes posés plus haut, il sera déclaré complice.

Quant au conseil qui a été la cause déterminante du crime, MM. Chauveau et l'austin Hélie ne le regardent que comme

un acte de complicité : « Il existe, disent-ils, une notable différence aux yeux de la morale, entre celui qui, à prix d'or achète le bras d'un assassin ou l'arme en abusant de son autorité, et celui qui ne fait que suggérer l'idée d'un crime, ou qui y pousse par ses discours, l'individu qui, tout en en nourrissant la pensée, hésitait à le commettre. Dans les deux premiers cas, la puissance du provocateur est immense : seul pour ainsi dire il commet le crime ; l'agent n'est qu'un instrument entre ses mains. Dans la troisième hypothèse, au contraire, s'il suggère, s'il approuve le crime, il n'y précipite le coupable ni par de corruptrices promesses, ni par l'abus de son pouvoir. Son impulsion n'a pas le même entraînement pour l'exécution du crime ; elle n'a point la même gravité dans le fond de la conscience. Il nous paraît donc que l'instigateur et le conseiller doivent être punis, si les conseils et les instigations ont été la cause du crime, mais punis d'une peine inférieure ; qu'ils doivent, même dans ce cas, être considérés non comme auteurs principaux, mais comme auteurs secondaires. » »

Nous ne nions pas qu'il y ait, au point de vue moral, une certaine différence entre le conseiller et le donneur d'ordre ou de mandat, mais ils ont aussi un point fondamental de ressemblance, c'est que les uns et les autres sont la cause immédiate, déterminante du crime, et cela volontairement, intentionnellement. Le conseiller n'emploie ni dons, ni promesses, ni autorité, parce qu'il pense arriver, sans ces moyens, au résultat qu'il souhaite, et en effet il y arrive. Il est d'autant plus dangereux, que tout en étant la cause originaire du crime, il a l'air d'y être plus étranger. Qu'il soit donc puni de la peine du crime que son conseil a engendré.

(1). Théorie du code pénal, tom. 1^{er}, page 421.

Quant à la différence que les juges trouveront entre lui et un auteur plus pervers, plus endurci, comme un donneur d'ordre ou de mandat, ils en tiendront compte, soit au moyen du minimum de la peine, soit à l'aide des circonstances atténuantes. Cette opinion, que nous avons trouvée d'ailleurs dans l'ancienne théorie, est soutenue de nos jours par M. Rossi ¹.

Instruction. — Il y a une différence, pensons-nous, entre le conseil, que nous venons d'examiner, et les instructions données pour commettre le crime. Celui qui donne ces instructions doit-il être regardé comme coauteur ou comme complice ? Nous avons dit que le conseiller est tantôt auteur principal, tantôt complice, le donneur d'instructions sera toujours coauteur. En effet les instructions seront toujours une des causes déterminantes du crime. Qu'est-ce que les instructions ? Ce sont les moyens exacts, précis, sûrs, qu'il faut employer pour réussir dans l'exécution. S'il ne les connaît pas, l'exécutant s'arrêtera parce qu'il ne peut réussir sans eux. Aussi celui qui les lui fournit est plus coupable, plus participant à l'acte que le simple donneur de conseils, c'est un véritable coexécutant, seulement son rôle est moral au lieu d'être physique. Qu'on ne dise pas qu'il est possible que les instructions n'exercent qu'une influence secondaire : dans ce cas, elles se confondraient avec le conseil donné par un simple complice ; or nous faisons justement une différence entre le conseil et les instructions ; nous mettrons ces dernières dans une catégorie à part en leur donnant comme caractère distinctif l'importance, la nécessité au point de vue de l'exécution. Le conseil peut être donné par un simple complice, les instructions ne peuvent l'être que par un coauteur.

Aide et assistance dans les actes préparatoires. — Un autre genre de participation au crime, antérieurement à l'exé-

(1). Traité du droit pénal, tom. 3, pag. 33.

ention, mais cette fois de participation matérielle, consiste dans l'aide et assistance dans les actes préparatoires. Les modes de cette participation sont très-nombreux et ne peuvent être définis à l'avance. Comme exemples, on peut citer le fait de prêter des armes, d'en fabriquer, de faire des fausses clefs, etc. On doit avant tout remarquer qu'il faut, pour que ces actes puissent donner lieu à répression, soit comme actes de coauteur, soit comme acte de complice, qu'ils aient été commis sciemment, c'est-à-dire qu'il faut que l'individu qui par exemple a prêté des armes, ait su, au moment où il les prêtait, qu'elles devaient servir à l'exécution d'un crime. Ce n'est du reste que l'application de ce grand principe de droit pénal : qu'il faut, dans toute infraction, une intention criminelle chez l'agent. Si cette remarque n'avait pas trouvé jusqu'ici sa place, c'est qu'à propos des actes de participation morale qui nous ont occupés, la question d'intention ne pouvait être douteuse.

Peut-on ranger, d'une façon générale, soit dans la catégorie des auteurs, soit dans celle des complices, tous les participants par aide ou assistance dans les actes préparatoires du crime? Nous ne le croyons pas. Dire que tous ceux-là sont coauteurs qui par un fait matériel quelconque prêtent une aide antérieure au crime, serait d'une extrême sévérité; de même que dire qu'ils ne sont que complices, serait d'une trop grande indulgence. De plus il serait difficile, juridiquement et équitablement, de justifier de pareilles décisions. Il faut revenir toujours à la distinction fondamentale que nous avons faite plus haut : si le participant au crime en a été la cause ou une des causes déterminantes, il est coauteur et puni de la peine principale; s'il n'en a été qu'une cause secondaire, il est complice et puni d'une peine inférieure. C'est la distinction qu'admettaient les anciens légistes, et que nous avons trouvée dans la théorie de Jousse.

Nous avons trouvé également dans cette théorie un autre mode de participation antérieur au crime : je veux parler de la participation négative de celui qui ne révèle pas le crime, dont il connaît le projet.

Que l'on frappe d'une peine celui qui ne révèle pas le crime sur le point de s'accomplir, comme coupable d'un délit *sui generis*, je crois avec presque tous les criminalistes que ce serait un tort, et il faut dire à l'honneur de notre pays qu'il a rayé ce genre d'infraction de ses codes. Cependant, théoriquement, on pourrait le faire, et la preuve c'est que certaines législations pénales étrangères, qui n'ont rien à envier à la nôtre, ont cru devoir conserver une répression pour ce fait. Mais de là à dire que celui qui ne révèle pas le crime y est participant, il y a une grande distance, et vouloir le punir comme complice serait une iniquité. Comment en effet concevoir que celui-là ait pu participer à un acte coupable, qui non seulement n'a pas agi, mais qui encore n'a même pas eu d'intention criminelle. C'est cependant un principe fondamental, que pour donner lieu à une répression, il faut deux éléments imputables à l'agent : le fait et l'intention, or ici il n'y a ni l'un ni l'autre, et on voudrait trouver un complice ! Que Louis XI, dans son édit de 1477, punisse de mort comme complice celui qui ayant eu connaissance d'un complot ne l'a pas révélé, et que deux siècles plus tard un ministre cruel et tout puissant s'en serve pour envoyer un innocent à l'échafaud, que Louis XIV, dans son ordonnance d'août 1679, article 17, punisse comme complice les spectateurs accidentels d'un

(1). En 1642, Richelieu fit juger de Thou comme coupable de complicité dans la conspiration de Cinq-Mars, il fut condamné et exécuté. Son seul crime était de connaître le complot que Cinq-Mars son ami, lui avait confié ; il n'y avait pris d'ailleurs aucune part. Dans ses interrogatoires, de Thou explique clairement qu'il lui eût été impossible de révéler la conjuration, eût-il voulu le faire ; il n'avait rien pour la prouver et Gaston d'Orléans, frère du roi, qui en faisait partie, n'eût pas manqué de tirer de lui une terrible vengeance. Mais, ajouta-t-il, Cinq-Mars m'a cru son ami unique et fidèle, je ne l'ai pas voulu trahir.

duel, on explique ces cruautés et ces injustices par la date où elles s'exerçaient ; chacun sait qu'à cette époque la répartition des peines, et surtout leur légitimité, étaient des matières mal connues, et où fourmillaient les erreurs. Mais ce qu'on a plus de peine à croire, c'est qu'un principe aussi radicalement faux que celui de la complicité par non révélation, ait persisté jusqu'à notre siècle, et subsiste encore aujourd'hui dans certaines législations étrangères.

Ainsi le code pénal de Bavière¹ reconnaît l'existence de la complicité négative, en rangeant dans la dernière classe des complices, l'individu qui néglige de prévenir ou de révéler à l'autorité, les crimes qui se commettent ou ceux qui se préparent.

Le code pénal de Saxe² considère la non révélation comme une participation au crime même ; en conséquence il prescrit de révéler aux autorités ou à la personne menacée, les crimes projetés, de haute trahison, de trahison en temps de guerre, de rébellion, d'assassinat, de blessures graves, de viol, de vol qualifié, d'incendie et de fabrication de fausses monnaies.

Les codes Prussien et Autrichien contiennent des dispositions analogues.

II. — Nous avons examiné tous les modes de participation antérieure au crime ; nous arrivons à ceux qui ont lieu pendant le crime : ceux-ci sont-ils susceptibles de divisions et de catégories ? Et d'abord, il serait très-difficile de distinguer ici la participation morale de la participation physique. Il faut même dire, selon nous, qu'il ne peut y avoir de participation morale à l'exécution. En effet, l'exécution de tout crime ou de tout délit se traduit par un fait matériel quel-

(1). Article 78, al. 1.

(2). Article 39.

conque, et cela même pour les infractions dont le caractère est tout moral : par exemple, l'injure, la diffamation se traduisent soit par le fait physique de la parole, soit par celui de l'écriture, c'est ce fait qui constitue l'exécution et qui donne prise à la répression. Ceci étant donné, il nous semble difficile d'imaginer une participation purement morale qui soit concomitante à l'exécution.

Si, lorsqu'il s'agissait de participation antérieure à l'exécution, nous avons distingué la participation morale de la participation physique, c'est que nous voulions seulement, dans un but de simplicité et de clarté, séparer l'ordre moral de l'ordre physique; mais cette distinction n'était par rigoureusement exacte, puisque si d'une part on peut dire que le donneur d'ordre, de mandat, de conseils, participe moralement au crime, d'autre part ses relations verbales ou écrites avec l'agent sont des faits physiques, et c'est seulement sur ces faits physiques que peut se baser l'accusation.

De ce que le coopérant pendant l'exécution est toujours participant physique, nous devons arriver forcément à cette conclusion qu'il est toujours coauteur :

Nous ne sommes plus en effet en face d'un homme qui pousse au crime, qui s'emploie à le faire commettre, mais d'un homme qui le commet. Nous ne pouvons plus lui appliquer le criterium auquel nous reconnaissons le complice et dire : a-t-il été la cause principale et immédiate ou bien seulement la cause secondaire ? Il agit, il exécute volontairement, il accepte toute la responsabilité d'un acte auquel il prend directement part. Donc, dans le cas qui nous occupe, il ne peut pas y avoir de complices, il n'y a que des auteurs; et nous pouvons poser en règle absolue : que quiconque participe à un crime au moment de l'exécution, doit en être déclaré coauteur, et partant, puni de la peine du crime. Telle est l'opinion de M. Rossi.

De ce que nous venons de dire, il résulte aussi qu'il n'y a qu'un seul mode de coopération pendant le crime, c'est la coopération par aide et assistance pendant l'exécution. Bien des questions controversées dans l'ancienne doctrine et qui, pour la plupart, ne sont pas plus résolues aujourd'hui, se rattachent à cette participation. Telle est, par exemple, celle de savoir si celui qui fait le guet pendant l'action de ses camarades est auteur principal ou complice, de même pour celui qui garde les hardes, celui qui tient les chevaux, etc. Pour nous, qui n'admettons pas de complicité pendant l'exécution, nous rangeons tous ces individus dans la classe des auteurs principaux, du moment que d'une façon quelconque ils ont participé à l'exécution.

Nous savons bien que dans un crime commis par plusieurs individus, la culpabilité n'est pas la même pour tous, qu'il y a des rôles principaux et des rôles secondaires, que la part prise par l'un a été plus active que celle prise par son compagnon; mais ces différences, qui pourront être appréciées quand il s'agira pour chaque coupable du quantum de la peine ou de l'admission des circonstances atténuantes, ne sont pas, selon nous, suffisantes pour retirer aux exécutants la qualité d'auteurs principaux et les réduire à celle des complices. Le complice, avons-nous toujours dit, est celui qui n'a été que la cause éloignée du crime; mais peut-on dire cela de celui qui a concouru à l'exécution, par le motif que son rôle n'a pas été le plus périlleux et qu'il a trouvé un associé plus audacieux que lui? Son rôle a été secondaire, soit, mais il n'a pas été le moins nécessaire; sans lui l'exécution était plus difficile, peut-être impossible. En un mot, celui qui concourt à la réussite du crime par sa participation à l'exécution, en est toujours une des causes principales.

10. — Nous avons précédemment, dans une division générale, distingué la participation postérieure au crime de

la participation antérieure et de la participation concomitante; mais une telle qualification ne semble-t-elle par paradoxale? Comprend-on qu'il puisse y avoir une coopération postérieure au crime? En effet, tout ce qui est postérieur à un fait suppose ce fait accompli; or si le crime est accompli, exécuté, on ne peut plus y participer. Tout fait postérieur est forcément un fait nouveau, qui peut à la vérité se rattacher plus ou moins au crime, en être la conséquence, le corollaire, mais qui ne peut pas être un fait de participation. Il suit de cette vérité, dont l'évidence est indiscutable, qu'on ne peut pas devenir complice et encore moins coauteur d'un crime après son exécution. Cependant la théorie de Jousse, qui était celle admise par tout ses contemporains, punissait la complicité postérieure, et du reste ils avaient trouvé ce principe dans les lois romaines¹.

Aujourd'hui, quoique tous les criminalistes se soient élevés, et avec raison, contre une aussi forte inconséquence, nous la retrouvons dans le code pénal qui punit comme complice celui qui sciemment recèle les objets obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit. Nous aurons occasion plus loin d'étudier cette disposition; qu'il nous suffise de dire dès à présent qu'elle est universellement condamnée: « Un homme, a dit M. Rossi², un homme puni comme complice de meurtre parce qu'il en est informé! Complice de meurtre, parce que dans sa cupidité, il profite d'un crime qu'il n'est plus en son pouvoir d'empêcher ni de défaire! La fiction est forte, surtout lorsqu'on veut s'en servir pour envoyer un homme à l'échafaud. ³ »

« Le vol était commis, dit M. Boitard⁴, accompli, consommé; le voleur, en l'exécutant, n'avait nullement compté

(1). L. 1, dig. lib. 47, tit. 16; C. 1, cod. lib. 9, tit. 59.

(2). Traité de droit pénal, tom. 3, pag. 81.

(3). Nous verrons plus loin que la peine de mort n'est plus jamais applicable aujourd'hui au complice par recelé.

(4). Leçons sur les codes pénal et d'inst. crim. page 218.

sur une facilité de recel qui ne lui était pas promise ; tout en un mot était achevé ; le crime était parfait, la peine était encourue sans que celui qui plus tard est venu s'offrir pour recéleur ou a consenti au recel, sans que celui-là eut, je ne dis pas la plus légère part, mais même la plus légère connaissance dans les actes coupables qui ont été accomplis. Que plus tard, après ces actes commis, il reçoive et cache les objets volés, c'est un acte coupable, personne n'en doute ; mais est-ce un acte de complicité ? Conçoit-on une complicité, une coopération *ex post facto* ? J'avoue que la chose m'est impossible. »

Pour nous, quand nous distinguons la coopération après le crime, nous voulons parler de celle qui, étant quant à son origine antérieure ou concomitante, se continue cependant et produit des effets même après l'exécution. Tels sont les cas suivants : si quelqu'un offre asile aux coupables, s'il cache le cadavre de la victime ou bien les instruments qui ont servi à commettre le crime, s'il en recèle les produits, s'il les partage ; tout cela, en vertu d'une convention ou même d'un accord tacite mais prouvé, antérieur ou concomitant au crime. Il y a ici une véritable participation, qui se distingue de celles que nous avons étudiées jusqu'ici, en ce que les actes qui la constituent n'ont lieu qu'après l'exécution. Quant à ses résultats au point de vue pénal, ce sera de faire considérer celui qui s'en est rendu coupable, soit comme coauteur soit comme complice. Mais ici encore, de même que pour le donneur de conseils, de même que pour celui qui aide et assiste l'agent dans les actes préparatoires, il est impossible à la théorie de prévoir, d'une part tous les cas qui peuvent se produire, et d'autre part l'influence exercée dans chaque espèce par le participant. Elle doit se contenter de recourir à sa distinction fondamentale, au principe qui est la base de

tout le système, et se demander si le coopérant a été la cause prochaine ou seulement la cause éloignée de l'exécution du crime. Dans le premier cas, il est coauteur et puni de la peine du crime; dans le second il est complice et n'encourt qu'une peine inférieure.

Nous avons vu, dans la théorie de la complicité au XVII^e siècle, un dernier mode de participation admis à cette époque et dont je ne dirai qu'un mot, car personne n'essaie, et avec raison, de le reproduire aujourd'hui. Il s'agit de l'approbation ou ratification du crime. On admettait autrefois que celui qui donnait son approbation à une action coupable accomplie, devait être puni comme complice, et même on l'assimilait à l'auteur principal, s'il ne parvenait pas à prouver que c'était sans sa participation que le crime avait été commis. Cette erreur provenait de la maxime romaine: *In maleficio ratihabitio mandato comparatur*. Mais on n'avait pas fait attention que cette maxime ne s'entendait que des réparations civiles.

Une telle doctrine a été facilement et définitivement rejetée, et il n'est pas besoin d'insister pour en montrer l'injustice et la fausseté.

■ ■ — Nous avons terminé l'examen de tous les modes de participation. En résumé :

Sont auteurs principaux ou coauteurs ceux dont la participation à l'infraction est principale, c'est-à-dire ceux qui sont la cause ou une des causes prochaines et déterminantes de l'accomplissement ou de la tentative du crime ou délit. Ce sont :

- 1^o Le donneur d'ordre.
- 2^o Le mandant.
- 3^o Le donneur d'instructions.
- 4^o Le participant à l'exécution.

} Dans tous les cas.

8° Le donneur de conseils.

6° Celui qui aide et assiste dans les actes préparatoires.

7° Le participant par des actes postérieurs à l'exécution, mais convenus antérieurement.

Dans certains cas.

Ces coupables doivent tous être punis de la peine du crime.

Sont complices ceux dont la participation est secondaire, c'est-à-dire ceux qui ne sont qu'une cause éloignée de l'accomplissement ou de la tentative du crime ou délit. Ce sont :

1° Le donneur de conseils.

2° Celui qui aide ou assiste dans les actes préparatoires.

3° Le participant par des actes postérieurs à l'exécution, mais convenus antérieurement.

Dans certains cas.

Ces coupables ne doivent subir qu'une peine inférieure à celle du crime.

Ceux qui n'ont fait que receler soit les coupables soit les choses obtenues à l'aide de crimes ou de délits, sans s'être concertés auparavant avec l'agent, se rendent coupables d'un délit spécial, mais ils ne sont pas complices.

Pour répondre à la question posée au commencement de ce chapitre, nous pouvons, d'après les principes admis dans cette théorie, définir la complicité : la participation avec intention coupable à un crime ou à un délit, se manifestant antérieurement à l'exécution, et telle que sans elle, le crime ou délit eût été néanmoins exécuté ou tenté.

12 — Rien n'est plus élémentaire et plus simple que le principe unique qui sert de fondement à toute cette théorie. Mais là où apparaît la difficulté, c'est quand il s'agit de pas-

ser à l'application, de traduire en une loi pratique les distinctions faites et les décisions prises. Or, il ne faut pas l'oublier, c'est là le but proposé, c'est à cela qu'ont tendu les criminalistes en édifiant leurs systèmes. Si jusqu'ici, nos législateurs ont reculé devant une réforme que tout le monde considère cependant comme nécessaire, c'est apparemment qu'ils en ont reconnu l'extrême difficulté, on pourrait presque dire l'impossibilité. Avec de la logique et de la réflexion, on arrive toujours à une doctrine vraie et juste ; il est bien plus difficile d'arriver à une conception pratique, qui à la vérité et à la justesse, unisse les qualités essentielles des lois pénales, la simplicité, la clarté, la brièveté.

Après l'étude attentive des meilleurs criminalistes, principalement de MM. Chauveau et Faustin Hélie, et nous étant des principes de la théorie que nous avons essayé d'ébaucher jusqu'ici, nous allons tâcher de trouver l'ordre et les distinctions les plus aptes à passer dans une loi :

Tout crime ou délit peut se décomposer en ces deux éléments principaux : la résolution criminelle et le fait matériel de l'exécution, autrement l'élément moral et l'élément physique. Ils peuvent se trouver tous deux réunis dans le même individu, mais ils peuvent se trouver aussi séparés entre plusieurs. Nous avons vu en effet qu'il y a une participation physique et une participation morale. Ainsi l'un peut former le projet et prendre la résolution d'un crime qu'un autre exécutera.

Tout individu auquel on pourra imputer un de ces deux éléments sera toujours coauteur, sa participation en effet sera toujours principale, et c'est là le caractère auquel nous reconnaissons les coauteurs.

Tout participant au contraire qui ne sera l'auteur ni de la résolution criminelle, ni de l'exécution, sera complice. En

effet, sa participation ne sera jamais que secondaire, puisque sans lui, le crime aurait été exécuté quand même.

Cela posé, on pourrait rédiger ainsi les dispositions relatives à la responsabilité pénale :

1. Est auteur principal celui qui, ayant pris lui-même la résolution d'un crime ou d'un délit, l'a exécuté ou tenté.

2. Est coauteur, celui qui a formé la résolution d'un crime ou d'un délit qu'un autre a exécuté ou tenté, ou qui a exécuté ou tenté un crime ou un délit dont un autre avait pris la résolution.

3. Est complice, celui qui a contribué, mais seulement d'une façon médiate et secondaire, à la résolution d'un crime ou d'un délit qu'un autre a exécuté ou tenté.

4. L'auteur principal et les coauteurs sont punis de la peine du crime ; le complice n'est puni que d'une peine inférieure.

5. Seront punis comme coauteurs : ceux qui auront donné ordre ou mandat de commettre un crime ou un délit, ou qui auront fourni des instructions pour le commettre, et ceux qui auront participé à l'exécution d'un crime ou d'un délit.

6. Seront également punis comme coauteurs, mais seulement lorsque leur participation aura été la cause ou une cause déterminante du crime ou du délit : ceux qui auront donné conseil de le commettre, ceux qui auront aidé ou assisté l'auteur dans les actes antérieurs à l'exécution ou même dans les actes postérieurs, mais en vertu de convention ou autre participation antérieure.

7. Seront punis comme complices : ceux désignés dans la disposition précédente, lorsque leur participation n'aura pas été la cause ou une cause déterminante du crime ou du délit.

Quant aux recéleurs, soit des coupables, soit des objets obtenus à l'aide de crimes, ils commettent un délit spécial qui doit être prévu par la loi pénale, mais pas au chapitre relatif à la complicité, avec lequel ce délit n'a rien de commun.

Y a-t-il une théorie plus exacte de la complicité ? Y en a-t-il surtout une plus pratique ? Pour nous, nous ne le voyons pas. Et cependant nous ne devons pas nous dissimuler tous les inconvénients que présenterait l'application d'une loi rédigée dans le sens que nous venons d'indiquer.

En effet, nous avons reconnu l'impossibilité de déterminer toujours à l'avance, la part de responsabilité de chaque participant, et dans des cas qui se présenteront souvent, nous avons été réduits à dire : le coupable est peut-être co-auteur, mais aussi il n'est peut-être que complice, cela dépend de l'influence que ses actes ont exercée, de la part de responsabilité qu'il a prise ; en un mot, c'est la question qui reste posée tout entière, la théorie ne peut rien résoudre. Cette nuance, cette différence si délicate qui distingue le complice du co auteur, il faut donc la laisser tout entière à l'appréciation des juges. Or, qui ne voit que c'est abandonner à l'incertitude et même à l'arbitraire, la destinée des justiciables, et cela en dépit de la sagacité, de la bonne foi et de l'équité des juges, car tel cas qui ici serait jugé être d'un co-auteur, peut très-bien à côté, être jugé celui d'un complice. En voulant tracer des règles précises à la distribution des peines et augmenter les garanties des accusés, on ouvre la porte à l'inégalité et à l'injustice.

Bien plus, si l'on pense au fonctionnement de notre jury en matière criminelle, que de dangers pour la répartition proportionnelle de la peine ! Qui en effet sera juge de la question de complicité ? Qui devra distinguer la limite entre

la participation principale et la participation secondaire ? Ce seront les jurés, car ils sont juges du fait, et il est certain que le point à juger est un point de fait. Or, bien qu'on exige et qu'on trouve en eux l'honorabilité, la capacité et l'indépendance, comment veut-on un jugement juste et sûr, d'hommes étrangers à la philosophie pénale, sur une question qui divise les philosophes et les jurisconsultes ? D'autant plus que le juré ne devant compte de ses arrêts à personne et n'étant pas tenu de les motiver, il ne peut s'établir ni précédents ni jurisprudence, qui servent de guide et de lumière aux décisions futures.

Nous allons maintenant étudier rapidement les principes théoriques du code pénal, et voir si sa doctrine d'assimilation, mitigée par certains tempéraments, peut se justifier en raison des inconvénients et de l'immense difficulté d'application d'une théorie admettant des distinctions.

CHAPITRE 2.

THÉORIE DU CODE.

SOMMAIRE :

13. — *Toute la théorie du code réside dans les articles 59 et 60.*
14. — *Difficulté d'y distinguer les auteurs des complices.*
15. — *Le principe dominant est celui d'assimilation de l'auteur et du complice ; exceptions.*
16. — *Ce principe se justifie-t-il ?*
17. — *Adoucissements apportés à la rigueur du principe.*
18. — *Les cas de complicité sont énumérés limitativement dans l'article 60 : examen de chacun d'eux.*
19. — *Mode de complicité spécial précisé par l'article 61.*
20. — *Les articles 62 et 63 s'occupent de la complicité par recel ; c'est à tort que le code qualifie ce délit de complicité.*
21. — *L'article 63 est contraire aux principes théoriques.*
22. — *Résumé et conclusion.*

13 — Nous passons sous silence le code de 1791, qui proclamait en matière de complicité les mêmes principes que le code actuel, et contenait en moins certaines améliorations.

Toute la théorie de la complicité du code de 1810 est renfermée dans les articles 59 et 60. Voici leur texte :

Article 59 : Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement.

Article 60 : Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ; — Ceux qui auront procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir ; — Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qu'elle l'auront consommée ; sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis.

1.1 — Le code distingue l'auteur du complice, cela ressort évidemment des termes de ces deux articles. Mais, selon lui, qu'est-ce que l'auteur ou le coauteur, qu'est-ce que le complice ? Rien ne l'indique,

Cette distinction a-t-elle ici un intérêt pratique ? Ne pourrait-on pas dire en effet : puisque la même peine frappe l'un et l'autre, à quoi bon les distinguer ? Il faut répondre cependant que dans certains cas l'importance est très-grande, et puis qu'en définitive, du moment que la loi pose elle-même une distinction, c'est qu'elle y voit un intérêt.

Supposons, par exemple, le cas de l'article 381, dans lequel sont réprimés les vols commis avec circonstances aggra-

vantes : est regardé comme circonstance aggravante ce fait que le vol est commis par plus d'une personne. Or, s'il y a deux participants et que tous deux soient déclarés coauteurs, la peine du vol qualifié est applicable aux deux, tandis que si l'un est déclaré auteur, l'autre complice, ils n'encourent que la peine du vol simple. On ne peut pas dire en effet que le vol est commis par deux individus, lorsque l'un d'eux n'est que complice.

Supposons également un cas d'exception à la règle de l'article 59, ils sont assez nombreux dans le code, et que le complice soit puni d'une peine inférieure à celle de l'auteur, ici encore il faut un signe auquel on reconnaisse le complice. On le voit, il faut donc les distinguer soigneusement. Or, où est la limite où finit le rôle de l'auteur et où commence celui du complice ?

Nous avons dit qu'en théorie, on distinguait généralement le participant principal et le participant secondaire, que le premier était auteur et le second complice. Mais ce n'est pas évidemment cette distinction qu'a choisie le code, nous voyons en effet dans l'article 60, compris sous la dénomination de complicité, des actes de participation principale. « L'auteur du délit, dit M. Rauter ⁽¹⁾, est celui qui commet l'acte même du délit, selon la description du délit faite par la loi ; ainsi, l'auteur du crime d'incendie est celui qui a mis le feu ; celui qui a provoqué à cet acte n'est pas auteur de l'incendie, il en peut être l'auteur accessoire ou l'auteur moral, *auctor intellectualis*, mais il n'est pas l'auteur matériel ou réel. L'auteur du délit peut être multiple, c'est-à-dire plusieurs personnes peuvent être ensemble auteurs du délit ; en ce cas on les appelle coauteurs ou auteurs par complicité, ou bien

(1). Tom. 1, n° 110, page 204.

aussi complices dans le sens étendu du mot. » C'est donc là la différence: l'auteur est celui qui agit, tous les autres sont complices.

Nous l'avons dit, si nette et tranchée que paraisse cette distinction, telle est la difficulté à atteindre le but, que de nombreuses controverses se sont cependant élevées dans des cas où il est difficile de dire si le coupable a pris part à l'exécution, ou bien s'il n'a fait qu'aider et assister l'auteur. Et la Cour de cassation elle-même a rendu un arrêt⁽¹⁾, dont voici un attendu : « Attendu, en effet, qu'aux termes de l'article 59 du code pénal, les complices d'un crime doivent être punis de la même peine que les auteurs mêmes ; que le terme *complices*, dont se sert cet article, est une expression générale qui embrasse tous ceux qui concourent à une action défendue par la loi pénale, soit qu'ils l'aient provoquée avec les circonstances énumérées dans l'article 30, soit qu'ils l'aient sciemment préparée ou facilitée, soit qu'ils aient coopéré à la perpétration de l'action même, et que par là ils se soient rendus coauteurs. » On en est donc venu à nier la distinction faite par les articles 59 et 60, et à dire que le terme *complices* est un terme général, employé par le code pour signifier tous les participants au crime ou au délit, quelque soit leur degré de culpabilité.

Cette confusion, qu'il eut été facile à la loi d'éviter, c'est elle qui l'a voulue : en effet, après avoir laissé entendre clairement qu'il y avait des auteurs et des complices, qu'en règle générale les seconds seraient assimilés aux premiers, mais qu'il y aurait cependant des cas d'exception, la loi elle-même, dans son énumération de l'article 60, où l'on ne devrait trouver que des cas de complicité, l'article commençant par ces mots : « seront punis comme complices, » cite et confond

(1). Cour cass. 24 août 1827, Dall. rép. V^o complicité, page 453, note 2.

des actes de coauteur avec ceux de complicité. Or, comme elle n'a déposé dans aucun texte le principe de sa distinction, qu'on est obligé de le deviner, de là des hésitations, des opinions, des controverses qui ont amené ce résultat, que bien des commentateurs du code ont regardé l'article 60 comme s'appliquant aussi bien au coauteur qu'au complice.

Qu'on lise avec attention le paragraphe trois de cet article, il dit ceci : « seront punis comme complices ceux qui avec connaissance, auront aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée. » Nous avons soutenu en théorie, nous appuyant de l'autorité de M. Rossi, qu'on était toujours coauteur lorsqu'on participait à l'exécution ; les raisons que nous avons précédemment données reviennent ici avec toute leur force. Comment entendre des complices qui ont participé aux faits qui ont consommé l'action ? Comment surtout les distinguer alors des coauteurs ? Pour nous, nous considérons la chose comme impossible et nous croyons que pour sauvegarder la logique de la distinction posée dans l'article 59, la loi aurait dû supprimer de l'article 60 ces mots : « ou dans ceux qui l'auront consommée »

La répression eût été la même, car ceux qui ont participé aux actes de consommation, tombent sous le coup de la loi comme coauteurs, et notre article ne doit s'occuper que des complices. Les commentateurs aiment mieux faire la confusion que de s'embarrasser de subdivisions impossibles, surtout en pratique, entre le coauteur et le complice par participation à la consommation de l'acte. Voici ce que dit M. Blanche à ce sujet : « Le complice par recélé, soit des malfaiteurs, soit des objets obtenus à l'aide de l'infraction, ne peut jamais devenir coauteur. En effet, le recel, quelqu'il soit, se détache

(1). Études pratiques sur le code pénal, tom. 2, page 20.

et s'isole du fait principal ; il ne peut jamais se confondre avec lui. Mais il en est tout autrement de la complicité par aide et assistance ; elle prend incontestablement des caractères différents, suivant les circonstances qui la constituent ; elle devient plus ou moins directe, plus ou moins intime, selon qu'elle participe ou aux faits qui préparent ou facilitent le crime ou le délit, ou à ceux qui en accompagnent la consommation. L'aide et l'assistance peuvent même si bien se confondre avec l'exécution, qu'il devient impossible de les distinguer, et qu'il n'est plus permis de leur assigner des rôles différents. Lorsque l'aide ou l'assistance ne consistera que dans les instructions, la provocation, la préparation au crime, elle ne constituera que la complicité. Mais elle changera de caractère lorsqu'elle participera à la consommation du crime ou du délit ; elle imprimera à celui qui la prêterait la qualité de coauteur, c'est-à-dire qu'elle fera, de ce prétendu complice l'un des auteurs mêmes de l'infraction. » Et cet auteur continue, en citant à l'appui de son interprétation, la jurisprudence de la Cour de cassation, dont nous avons déjà parlé.

Quoi de plus concluant que ces lignes d'un des commentateurs les plus estimés de la pratique du code ? Quoi de plus éloquent que la jurisprudence de la cour suprême, pour démontrer la faute grave commise par le législateur, qui après avoir établi une classification, s'empresse de la détruire par une énumération contradictoire ou tout au moins ambiguë ? S'il n'y a plus de distinction entre le complice et le coauteur, d'après quel principe se guider dans le cas de l'article 581 ? Que faire dans les cas d'exception à la règle de l'article 59 ? Nous verrons, lorsque nous serons arrivés aux applications du code, de sérieuses difficultés prendre naissance dans l'obscurité ou plutôt dans la diffusion ambiguë du paragraphe trois de l'article 60.

15. — La règle générale, le fondement de tout le système du code, c'est donc l'assimilation du complice à l'auteur principal : c'est-à-dire que dans tout crime ou délit, bien qu'il y ait plusieurs responsabilités, il n'y a qu'une peine. Tous les participants quels qu'ils soient, principaux, secondaires, complices ou coauteurs moraux ou physiques, antérieurs ou concomitants, encourent la même peine, celle prononcée par la loi contre le crime ou le délit commis. Il faut cependant reconnaître tout de suite une première et importante restriction apportée au principe absolu de l'article 59 par l'esprit général de l'article 60 : c'est que les cas de complicité tels que les énumère ce dernier, sont limitatifs ; ce sont les seuls qui puissent être imputés au participant pour le faire tomber sous le coup de l'article 59 ¹. Or, nous verrons que des cas de participation qu'on doit regarder comme coupable et qui mériteraient une répression, ne rentrent pas dans les termes de l'article 60, et par conséquent ne sont en aucune façon punis par la loi. C'est là une lacune, car si la règle d'assimilation est trop rigoureuse, il ne s'en suit pas que l'énumération des cas de complicité doive être incomplète, et c'est donner tort à son principe que de ne pas l'appliquer dans toutes ses conséquences.

De plus, le texte lui-même le dit, la règle n'est pas sans exception « sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement, » ajoute en effet l'article 59. Ce correctif n'existait pas dans le code de 1791, mais en 1810, les rédacteurs sentirent l'impossibilité de laisser subsister dans son absolutisme le principe d'assimilation, et M. Riboud², dans son rapport au Corps Législatif au nom de la commission, va même jusqu'à dire ceci : « L'article 59 du projet, en adoptant ce principe

(1). Sauf toute fois les cas des articles 61 et 62, dont nous parlerons tout-à-l'heure.

(2). Extrait du rapport fait au Corps Législatif par M. Riboud, le 13 février 1810, Locré, tom. 29, page 272.

en général, ajoute que l'application en sera faite sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. Or le livre II et presque toutes les parties du code présenté, indiquent des cas de cette espèce et portent des dispositions pénales dont les nuances et les différences attestent qu'il est reconnu en principe que les peines à infliger aux complices et aux auteurs peuvent souvent ne pas être semblables. »

Quoiqu'il en soit, et malgré cette concession verbale du rapporteur de la commission, la règle est écrite, et tout complice, c'est-à-dire tout participant selon les termes de l'article 60, peut être puni de la même peine que l'auteur principal. Ainsi l'individu qui n'aura fait que prêter une échelle pour aider à l'escalade d'un mur, pourra subir la même peine que celui qui a escaladé le mur et a commis ensuite un assassinat.

16. — Que peut-on dire pour justifier le principe d'assimilation, et quelles ont été les puissantes raisons qui ont décidé les rédacteurs du code pénal à le maintenir ? Ces raisons ont certainement existé, mais les travaux préparatoires ne nous les indiquent pas, et nous voyons au contraire qu'en 1810, quelques-uns considéraient l'unité de la peine comme une chose toute naturelle. M. Riboud¹, que nous venons de citer, disait : « Tout individu coupable d'une action qualifiée crime ou délit, est punissable de la peine que la loi prononce. Mais ce n'est pas l'auteur seulement qu'elle frappera, elle doit atteindre ses complices et ceux qui, sciemment, on profité du résultat du crime ou du délit. » Et M. Target² : « Tous ceux qui ont participé au crime par provocation ou par complicité, méritent les mêmes peines que les auteurs ou coopérateurs. Quand la peine serait portée à la

(1). Extrait du rapport fait au Corps Législatif par M. Riboud, le 15 février 1810
Locré, tome 29, page 272.

(2). Locré, tom. 29, page 52.

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 favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements, et ont consenti à toutes les suites du crime. »

Voici les raisons qu'on donne généralement pour justifier la théorie du code :

C'est d'abord la difficulté de formuler dans la loi une limite exacte entre les auteurs et les complices, limite d'après laquelle on puisse graduer les peines. Ensuite, on a pu se dire que le principe était bon à conserver comme maximum de la sévérité de la loi, et que les tempéraments qu'on y apporterait auraient l'avantage de permettre aux juges de proportionner la peine à la responsabilité de chacun, sans embarrasser le texte du code de distinctions subtiles et peut-être ambiguës; que d'ailleurs les complices formaient une catégorie dangereuse, en facilitant l'action des coupables, et que l'exemple voulait en principe une répression sévère. Enfin on faisait un code destiné à remplacer celui de 1791, or celui-là admettait la règle dans toute sa rigueur et lui-même l'avait prise dans l'ancien droit et dans le droit romain; c'était déjà beaucoup que d'admettre des exceptions. Et puis, l'innovation du maximum et du minimum dans les peines poussait encore au maintien du principe.

Tous ces motifs, et d'autres encore, ont dû certainement exercer une grande influence sur la confection du code pénal, et ce que nous voyons dans les discours et rapports au Corps Législatif, nous montre que la pensée dominante du législateur n'a pas été de renverser cet aphorisme admis que la peine du crime doit atteindre le complice, mais de le régler, de l'adoucir, de faire ressortir les différences entre le

code de 1791 et le nouveau : « Jusqu'ici, dit M. Riboud¹, la peine était la même pour tous; par le projet qui, dans l'ordre des personnes punissables, s'occupe d'abord des complices, elle peut changer de nature à leur égard, dans certains cas et d'après certaines circonstances: pour s'en convaincre et reconnaître les améliorations, il suffit de rapprocher les dispositions du code de 1791 et celles du livre II de celui de 1810. »

Nous avons apprécié suffisamment, dans le chapitre précédent, la difficulté de trouver une théorie pratique des distinctions à admettre dans la complicité, pour ne pas être obligé de revenir sur ce motif.

Doit-on admettre cette autre raison: que le principe d'assimilation est juste dans certains cas, et qu'il doit être maintenu pour occuper le point le plus élevé dans la gradation établie entre les différentes responsabilités des participants à un crime? Cette proposition n'est qu'une pétition de principe et revient à se demander ceci: Est-il préférable de distinguer les auteurs des complices d'après le système du code, ou bien vaut-il mieux admettre la distinction théorique que nous avons faite dans le chapitre premier? En effet, il est clair que si on admet la distinction du code, c'est-à-dire qu'on considère comme auteur celui-là seulement qui exécute le fait matériel du crime, il y a bien des cas où le complice mérite la même peine que l'auteur principal, et alors le principe d'assimilation, dans ces cas, est parfaitement justifié. Mais si l'on distingue le complice de l'auteur d'après cette règle que le premier est participant secondaire, tandis que le second est participant principal, la peine unique de l'article 59 ne peut plus être jamais rationnellement applicable, le complice n'étant jamais aussi coupable que l'auteur. Ce

(1). Rapport au corps législatif, Locré, tom. 29, page 272.

motif de la justice, dans certains cas, de l'unité de la peine n'est donc pas satisfaisant, puisqu'il s'appuie précisément sur la distinction défectueuse qu'il cherche à justifier. Il faut dire que dans une bonne classification des degrés de responsabilité individuelle, celle du complice doit toujours être moindre que celle de l'auteur.

Quant à la nécessité sociale de l'intimidation et de l'exemple, eu égard au danger que les complices font courir à la Société, en facilitant la perpétration des crimes, ce motif tombe aussi devant une bonne définition des complices et des auteurs : une fois qu'il est bien entendu que les premiers sont moins coupables que les seconds, ils doivent forcément être moins rigoureusement punis, sous peine d'injustice. Si les complices troublent l'ordre social en facilitant les infractions, les auteurs le troublent bien plus encore en les commettant, et la différence entre la responsabilité de chacun est sensible; elle doit être la même dans la répartition des peines.

17. — Maintenant que nous connaissons et le principe qui est la base de la théorie du code, et la distinction qu'il a admise entre les auteurs et les complices, voyons si les exceptions qu'il a introduites et les adoucissements qu'il a apportés sont suffisants, pour que dans la pratique, on puisse proportionner la peine de chacun à sa part de responsabilité.

Une remarque importante domine toutefois l'examen qui va suivre, c'est que la loi en général, la loi pénale en particulier, a pour devoir de régler à l'avance autant que possible, tous les cas qui peuvent se présenter, afin que partout le droit soit fixe et stable, et que le fait seul reste à juger. Si elle laisse trop à l'appréciation des juges, les garanties de l'accusé sont diminuées, car le même cas peut être apprécié de bien des façons. Donc, lors même que les exceptions et atténuations que nous allons étudier adouciraient de beau-

coup la rigueur du principe d'assimilation, on pourrait encore faire ce reproche à la loi, que le principe peut toujours être appliqué si les juges le veulent.

Les exceptions faites par la loi à l'article 59, se trouvent dans les articles 63, 67, 100, 108, 138, 144, 213, 267, 268, 284, 285, 288, 293, 438 et 441 du code pénal. Il serait trop long de mentionner l'une après l'autre chacune de ces exceptions et ses motifs ; d'ailleurs elles se rapportent toutes à des matières qui n'entrent pas dans le plan de ce travail, sauf la première, celle de l'article 63, dont nous parlerons tout-à-l'heure en détail.

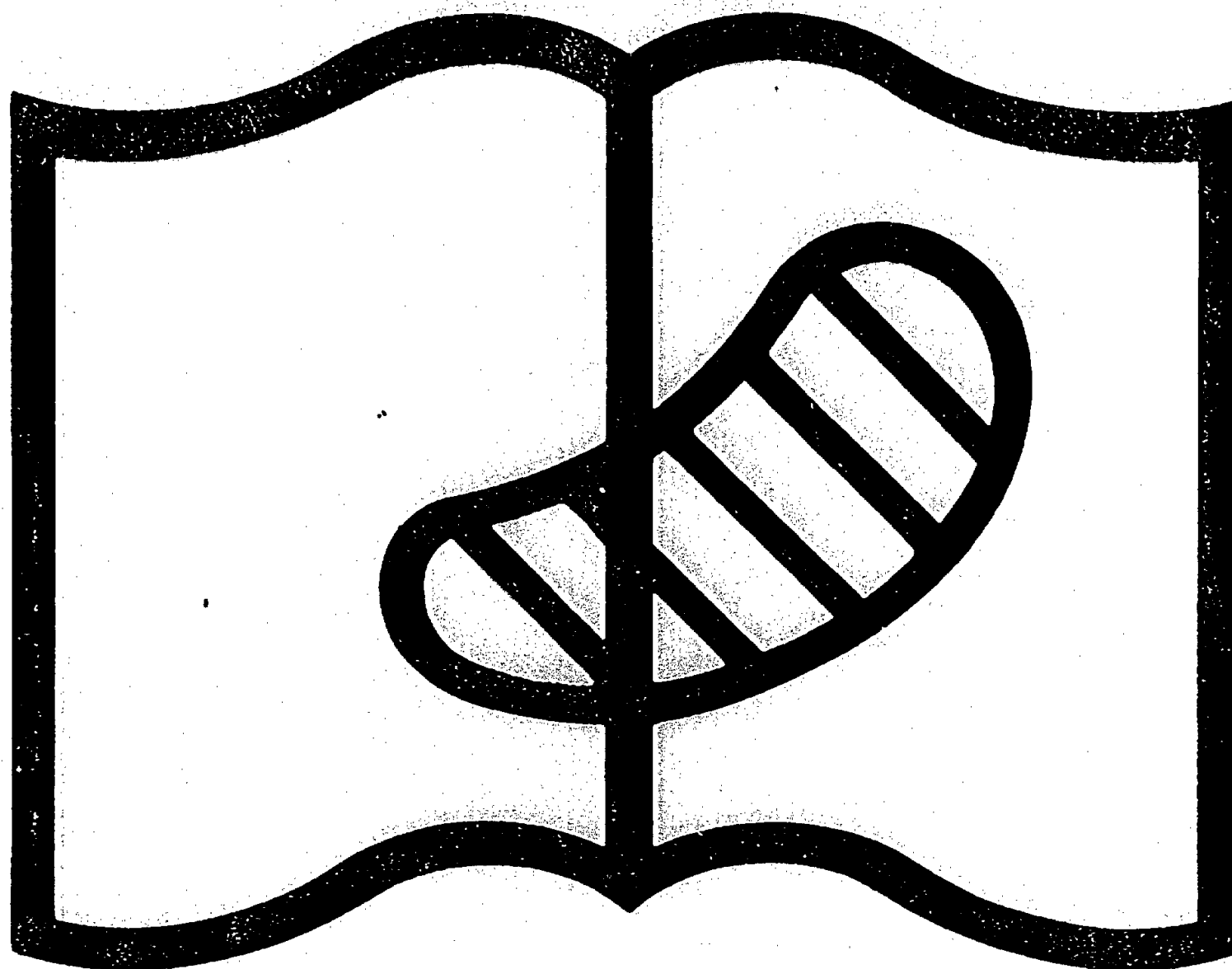
La série des dispositions générales qui permettent au juge de différencier la peine du complice de celle de l'auteur, se compose : 1° de la latitude qui lui est laissée entre le maximum et le minimum de la peine ; 2° des excuses proposées et définies par la loi elle-même ; 3° des circonstances atténuantes.

Avant 1791, les peines étaient laissées complètement à l'arbitraire des tribunaux : le code qu'on fit à cette époque réagit contre cet abus qui produisait les plus déplorables effets, mais sa réforme fut trop radicale, et en voulant trouver le remède on tomba dans le mal contraire ; on désigna en effet pour chaque cas, une peine fixe, immuable, qui devait être appliquée, quelles que fussent d'ailleurs les circonstances du crime ou du délit ; on comprend les injustices qui furent la conséquence d'un système qui, à l'arbitraire des juges, avait substitué l'arbitraire de la loi. Le code de 1810 plus avisé, et instruit par cette double expérience, se renferma dans un juste milieu : il fixa à l'avance la peine de chaque infraction, mais en même temps il laissa aux juges deux termes extrêmes pour en arbitrer le quantum, d'un de sévérité, le maximum ; l'autre de douceur et d'indulgence, le

minimum. C'est le système qui depuis n'a cessé de fonctionner, à la satisfaction générale et des théoriciens et des praticiens. On ne peut pas dire que l'institution du maximum et du minimum soit une dérogation au principe de l'article 59, car elle ne modifie pas le caractère de la peine, elle en affecte seulement le montant ou la durée ; le complice est toujours puni de la même peine que l'auteur principal ; mais elle est un premier mode de différence dans l'appréciation des circonstances qui, dans chaque espèce, distinguent le complice de l'auteur.

Les excuses sont des faits prévus et définis par la loi, qui, lorsqu'ils sont reconnus, ont pour effet, non pas de faire disparaître la culpabilité, mais de la diminuer dans une certaine mesure. La seule excuse légale qui s'applique à tous les cas prévus par le code, est celle de la jeunesse ; les autres sont mentionnées concurremment avec les crimes ou délits auxquels elles se rapportent. L'excuse est une dérogation au principe d'assimilation, car, lorsqu'elle est admise en faveur soit du complice soit de l'auteur, elle a pour effet de diminuer la peine dans une notable proportion, mais seulement au profit de celui auquel elle s'applique. Donc, dans ce cas on ne peut pas dire que la peine soit la même pour les deux.

Les circonstances atténuantes ne datent pas, telles qu'elles existent aujourd'hui, de la promulgation du code de 1810. L'article 465 de ce code ne les admettait qu'en cas d'emprisonnement et d'amende, et seulement si le préjudice causé n'excédait pas 25 fr. La loi du 28 avril 1852, les rendit applicables aux crimes aussi bien qu'aux délits. Les circonstances atténuantes sont de véritables excuses ; elles ne diffèrent des excuses légales qu'en ce que la loi ne les prévoit pas à l'avance, et les laisse à la sagacité et à la justice des juges. Comme celles-là, elles restent personnelles à celui des accu-



Original illisible
NF Z 43-120-10

sés qui les obtient, et par conséquent constituent comme elles une dérogation au principe de l'article 59.

Quoique, dans les cas dont je viens de parler, le complice ne soit pas puni de la même peine que l'auteur principal, il faut noter cependant que l'atténuation prend son point de départ, soit pour l'un soit pour l'autre, dans une peine unique, et qu'en ce sens l'article 59 reçoit toujours une application indirecte. Ainsi, si des circonstances atténuantes sont accordées au complice d'un assassinat, la peine sera diminuée d'un ou deux degrés, en prenant pour point de départ la peine de l'auteur principal, c'est-à-dire la peine de mort.

Tous ces moyens de tourner, de modifier la règle lorsqu'elle paraît trop sévère, nous semblent plus que suffisants pour résoudre pratiquement le problème de la justice distributive, et nous ne doutons pas qu'un juge clairvoyant et équitable ne trouve la facilité de proportionner la peine à la culpabilité de chacun. Mais, nous le répétons, la loi a l'obligation, quand elle le peut, de résoudre elle-même toutes les questions, et le juge ne devrait être que son instrument servant à l'application des peines qu'elle édicte à l'avance. Si donc le législateur néglige de désigner d'une façon générale la peine qui doit frapper tel coupable, alors que la chose lui est possible, et s'il préfère s'en rapporter à la prudence et à la justice des tribunaux, il manque à sa mission et sa loi est défectueuse.

18 — Le code n'ayant pas défini la complicité, a dû procéder par énumération. C'est ce qu'il a fait dans l'article 60.

Nous avons déjà dit qu'il est admis par tout le monde, et que du reste cela ressort de l'esprit général de cet article, que les cas qu'il indique sont limitatifs, et que l'interprétation à leur donner ne doit pas être étendue par analogie, mais au contraire restreinte aux termes dont il s'est servi.

Nous rappelons également que dans le chapitre précédent, nous avons essayé de démontrer que toute complicité est antérieure à l'infraction, qu'il ne peut y avoir de complicité concomitante et encore moins de complicité postérieure à l'exécution.

L'article 60 se divise en trois paragraphes, qui contiennent chacun un certain nombre de cas :

Le paragraphe premier punit comme complices ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à une action qualifiée crime ou délit, ou donné des instructions pour la commettre. Ce sont tous des modes de participation antérieure, dont il s'agit ici ; quelle que soit la dénomination qu'on leur donne, ils doivent rentrer dans les cas primordiaux que nous avons énumérés lorsque nous avons exposé la théorie générale de la complicité, c'est-à-dire l'ordre, le mandat, les instructions, le conseil et l'aide ou assistance dans les actes préparatoires : en effet, les dons et promesses, s'ils sont acceptés, équivaudront toujours à un mandat ; l'abus d'autorité ou de pouvoir est un ordre ; les menaces, suivant leur degré de criminalité et de véhémence, seront tantôt un ordre, tantôt un simple conseil : nous avons dit cependant que pour qu'il y eût réellement un ordre, il fallait entre le complice et l'auteur un lien d'obéissance, de supériorité, qui empêche l'un de désobéir à l'autre. Nous répétons qu'en effet sans ce lien il n'y a pas un ordre véritable ; aussi, selon nous, les menaces ne rentreront dans la catégorie d'ordres que lorsqu'elles seront faites de façon à ce que l'auteur ne puisse s'y soustraire sans un danger réel, ou sans avoir lieu de redouter ce danger ; ce sera cette crainte légitime qui constituera le lien autoritaire qui sera la cause avouable de l'obéissance. Si les menaces ne dénotent pas ce

caractère d'autorité, leur effet sur l'auteur sera identique à celui d'une instigation, d'un conseil.

Quant aux machinations et artifices coupables, comment définir exactement le sens que la loi a voulu donner à ce mot ? Voici comment s'exprime M. Riboud, dans son rapport au Corps Législatif, que nous avons déjà cité ¹ : « . . . il en est de même des machinations ou artifices coupables, trop indirectement compris dans la classe des faits par lesquels l'exécution a été préparée ou facilitée. Il est des combinaisons si éloignées, des machinations si compliquées, l'art et l'astuce ont tant de moyens de voiler leur action, que des juges et des jurés, quoique convaincus de leur existence, ne se permettraient pas de les prendre en considération, si la loi ne leur en fait un devoir spécial. » Il n'y a donc pas de caractère, de signe certain, auquel on puisse reconnaître les machinations et artifices coupables ; l'interprétation de ces mots peut recevoir une extension indéfinie : celui qui se contente d'émettre l'idée d'un crime devant une autre personne qu'il sait capable de l'exécuter, emploie un artifice coupable ; de même celui qui donne le plan d'exécution, qui trompe l'auteur sur les difficultés qu'il présente, qui fait briller à ses yeux le prix du crime, emploie également des machinations et artifices coupables. Et cependant on décide généralement que le dernier tombe sous le coup de l'article 60, tandis que le premier n'y tombe pas. Nous croyons qu'il faut dire que, dans la pensée de la loi, les machinations et artifices coupables ne sont pas un mode spécial de complicité, mais une variété ou plutôt une dissimulation des autres modes, qui sont, comme nous l'avons dit, l'ordre, le mandat, les instructions, le conseil et les actes préparatoires. Ces moyens sont bien eux-mêmes, si on veut, des artifices cou-

(1). Locré, tom. 29, page 275.

pables, mais la loi ne leur donne cette qualification, que lorsqu'ils sont dissimulés sous des manœuvres ou pratiques destinées à les faire disparaître. Son but, comme le dit M. Riboud, est que le juge ou le juré, ne voyant pas clairement le caractère de complicité désigné par la loi, n'hésite cependant pas, par un scrupule exagéré, à le chercher et à le trouver sous les fausses apparences destinées à le cacher.

Les commentateurs pensent généralement que l'instigation, le conseil, l'exhortation poussant au crime, ne sont pas des faits de complicité réprimés par la loi : la raison en est que ce mode de participation ne se trouve pas spécialement désigné dans l'article 60, et que les termes de cet article sont restrictifs. Nous avons vu, dans la théorie, que le conseil peut être tantôt un acte de co-délinquance, tantôt un acte de complicité, qu'il mérite, tantôt la peine du crime, tantôt une peine moindre, et que cette opinion est celle des criminalistes de l'école moderne. Il faut donc regretter que l'article 60 n'ait pas cru devoir comprendre le conseil dans son énumération, toutefois en le qualifiant et le définissant, car, par exemple, une simple parole dite sans intention, ne doit pas être prise pour un conseil. Peut-être la loi a-t-elle reculé devant la rigueur du principe d'assimilation, lorsque la participation par conseil n'a été que secondaire; cependant elle n'a pas hésité vis-à-vis du donneur d'aide et d'assistance dans les actes préparatoires, bien que sa participation ne soit souvent que secondaire; ni vis-à-vis du provocateur par menaces, bien que ces menaces soient parfois insignifiantes; ni dans d'autres cas encore, et par suite elle laisse complètement impuni le donneur du conseil qui a été la cause principale du crime, sans avoir employé toutefois des menaces ni des machinations ou artifices coupables.

Le paragraphe deux de notre article punit comme complices ceux qui auront procuré des armes, des instruments,

ou tout autre moyen qui aura servi à l'exécution, sachant qu'ils devaient y servir.

Le paragraphe trois, ceux qui auront avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée.

Ces deux paragraphes prévoient les cas que, dans la théorie, nous avons appelé actes d'aide et assistance dans les actes préparatoires, antérieurs à l'exécution. Nous avons déjà fait remarquer l'équivoque et la superfluité des mots : « ou dans ceux qui l'auront consommée » à la fin du paragraphe trois. Il est inutile d'y revenir.

La loi punit d'une peine uniforme l'aide ou assistance dans les actes préparatoires, et cette peine est celle du crime : elle est juste quand l'aide et l'assistance constitueront des faits de participation principale, mais elle est trop sévère et par conséquent injuste, quand elles ne constituent qu'une participation secondaire.

19 — Nous arrivons à l'article 61, qui est ainsi conçu : Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices. Le fait de celer un individu qui a commis un crime, et de l'aider à se soustraire aux recherches de la justice, n'est pas ce qu'a voulu prévenir l'article 61. En effet cet article punit un fait de complicité, c'est-à-dire de participation ; or celui qui cèle le criminel ne participe pas au crime de celui-ci. Ceux qui tombent sous le coup de l'article 61, sont ceux qui donnent asile habituellement et volontairement aux criminels dont ils connaissent les brigandages. Pour donner lieu à l'applica-

tion de cette disposition pénale, il faut la réunion de trois conditions : 1° Que les personnes qui donnent asile, connaissent la conduite criminelle des malfaiteurs, 2° que l'asile soit donné habituellement, 3° qu'il le soit volontairement. Ce sont ces caractères qui engendrent la participation : en effet ceux qui, connaissant les brigandages exercés par certains individus, les reçoivent souvent, habituellement, facilitent ces brigandages, ils y prennent indirectement part, ce sont de véritables complices.

Le code les soumet toujours à la même peine que les malfaiteurs eux-mêmes, c'est une sévérité exagérée ; la plupart du temps ce genre de coopération ne sera que secondaire, les cas de participation principale seront très rares.

Ce mode de complicité n'était pas prévu dans le code de 1791 par une disposition spéciale, il rentrait dans les termes généraux de l'article 60. C'est une heureuse amélioration qu'a apportée celui de 1810, sauf toutefois le reproche de sévérité que nous venons de faire. « L'article 61, dit M. Riboud, remplira une lacune importante du code de l'assemblée constituante ; désormais la classe dangereuse des individus dont l'habitation sert d'asile à des malfaiteurs, et qui leur fournissent habituellement logement, retraite ou point de réunion, sera assimilée aux complices. Si les malfaiteurs épars ne trouvaient point ces repaires où ils se rassemblent, se cachent, concertent leurs crimes, y déposent les fruits qu'ils en tirent, la formation de leurs bandes et leurs associations seraient plus difficiles ou plus promptement découvertes : on ne peut les recevoir habituellement sans connaître leurs projets et leur conduite, et sans y participer. »

20 — Quoique simple et ennemi de toute distinction, le système du code pénal était complet après les articles 59, 60 et 61 : tous les cas de participation, tous les modes de complicité étaient énumérés. Cependant le législateur, en-

couragé par les antécédents du droit romain, de l'ancien droit et du droit intermédiaire, a tenu à édicter un dernier mode de complicité qu'il est impossible de justifier, même logiquement. Il a décidé qu'il considérerait et punirait comme complices, ceux qui recéleraient les produits du crime. Tel est le but des articles 62 et 63 qui s'expriment ainsi :

Article 62 : Ceux qui sciemment auront recélé en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit.

Article 63 : Néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée à l'égard des recéleurs par celle des travaux forcés à perpétuité. Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation ; sinon ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps.

Si la loi s'était bornée dans l'article 62, à prévoir, comme elle l'avait fait dans l'article 61 pour le recel des malfaiteurs, l'habitude du recel des objets obtenus à l'aide de crimes, c'eût été une bonne et sage disposition, destinée à expliquer les termes très-généraux de l'article 60, elle se fût occupée d'une complicité réelle; mais telle n'a pas été son intention, elle a considéré comme complice celui qui sciemment recèle ces objets, qu'il ait connu ou non les criminels avant l'exécution du crime, qu'il ait recélé habituellement ou par hasard; une seule chose lui suffit, c'est qu'il sache que les objets qu'il recueille sont le produit du crime, en sorte que le recéleur se trouve complice, participant d'un crime qui s'est accompli sans qu'il en ait eu la moindre connaissance. Toutes

les raisons que nous avons déjà données plus haut pour prouver qu'il est impossible qu'une véritable complicité, c'est-à-dire une participation au crime existe par le fait d'actes postérieurs à son exécution, retrouvent ici leur place.

Bien plus, même en admettant qu'on puisse y trouver une complicité réelle, est-elle de nature à mériter dans tous les cas une peine égale à celle de l'auteur principal ? Non évidemment, et on ne peut justifier une telle sévérité. Qu'on suppose en effet un recel dans lequel le recéleur ne prend aucune part au vol, c'est-à-dire dans lequel il ne trouve aucun bénéfice ; cet homme est coupable sans doute d'acheter une chose qu'il sait avoir été volée, mais peut-on dire que c'est un voleur, et peut-on le punir des travaux forcés, parceque le vol originaire mérite cette peine ! Qu'on suppose maintenant le recel commis par un parent du voleur, dans le but de faire disparaître le corps du délit et de dérouter les recherches de la justice ; ce parent est coupable, je le veux bien, mais sa culpabilité est bien faible, et j'ajoute que, dans son for intérieur, tout cœur aimant et généreux pense qu'il en ferait autant. Eh bien, même dans ce cas, l'article 62 est inflexible, il prononce contre un coupable si digne d'intérêt, on peut même dire de sympathie, une peine qui peut être terrible. On se demande pourquoi le législateur résistant aux sollicitations de la raison, aux remontrances énergiques des criminalistes les plus autorisés, a persisté jusqu'ici à maintenir ce principe faux et suranné de la complicité des recéleurs, qu'il a trouvé, il est vrai, dans les lois anciennes, mais qui, dans ces lois, avait une autre signification que dans le nôtre ? Qu'on lise en effet ce qu'en dit Montesquieu ⁽¹⁾ : « Les lois grecques et romaines punissaient le recéleur du vol comme le voleur, la loi française fait de

(1). Esprit des lois, liv. XXIX, ch. XII.

même. Celles-là étaient raisonnables, celle-ci ne l'est pas. Chez les Grecs et chez les Romains, le voleur étant condamné à une peine pécuniaire, il fallait punir le recéleur de la même peine : car tout homme qui contribue de quelque façon que ce soit à un dommage, doit le réparer. Mais parmi nous la peine du vol étant capitale, on n'a pas pu, sans outrer les choses, punir le recéleur comme le voleur. Celui qui reçoit le vol peut, en mille occasions, le recevoir innocemment ; celui qui vole est toujours coupable : l'un empêche la conviction d'un crime déjà commis ; l'autre commet ce crime : tout est passif dans l'un, il y a une action dans l'autre : il faut que le voleur surmonte plus d'obstacles, et que son âme se raidisse plus longtemps contre les lois. Les jurisconsultes ont été plus loin : ils ont regardé le recéleur comme plus odieux que le voleur, car sans eux, disent-ils, le vol ne pourrait être caché longtemps. Cela, encore une fois, pouvait être bon quand la peine était pécuniaire : il s'agissait d'un dommage, et le recéleur était ordinairement plus en état de le réparer ; mais, la peine devenue capitale, il aurait fallu se régler sur d'autres principes. »

Devant des opinions aussi respectables et aussi nettement formulées, on pouvait espérer l'abandon des errements d'autrefois. Non-seulement on n'a pas songé à abandonner le principe, mais nous allons voir par l'examen de l'article 63, qu'en 1832, lors de la révision d'une partie du code pénal il fut affirmé de nouveau, et cependant en même temps on y apportait une dérogation qui, à elle seule, suffit pour le condamner.

21. — L'article 63 n'a pas toujours existé tel que nous le voyons aujourd'hui ; en 1810, il s'exprimait ainsi : Néanmoins, à l'égard des recéleurs désignés dans l'article précédent, la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité et de

la déportation, lorsqu'il y a lieu, ne leur sera appliquée qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de ces trois genres : sinon ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps.

Quand on lit cet article pour la première fois, on est étonné et tenté de se demander si on l'a bien compris. Que signifie cette disposition que pour être passible, comme recéleur, de la peine de mort, des travaux forcés à temps et de la déportation, il faut avoir eu connaissance, au temps du recélé, des circonstances auxquelles la loi attache ces peines ? Est-ce que, par hasard, ce n'est pas là la règle générale en matière de complicité ? Est-ce que pour subir comme complice d'un crime la même peine que l'auteur principal, il ne faut pas avoir connu ou au moins pu prévoir les circonstances du crime auquel on a participé ? Tel est le sens qu'on attache naturellement à ces expressions de l'article 60 : « sachant qu'ils devaient y servir » et « avec connaissance ». Il est juste, se dit-on, que pour être puni comme complice d'un vol qualifié, par exemple, on ait su en participant au vol, qu'on participait à un vol qualifié. Si on a cru ne participer qu'à un vol simple, et qu'il ait été impossible de prévoir les circonstances aggravantes où s'est placé l'auteur principal, on ne peut pas subir une peine plus forte en raison de circonstances qu'on n'a pas pu connaître, ce serait punir d'un crime qu'on n'a pas eu l'intention de commettre, ce qui n'est pas admissible en droit pénal.

Il faut pourtant se rendre à l'évidence, et reconnaître que le contraire résulte de cet article ; car de ce qu'il dispose à propos du recel, on est forcé de conclure par *a contrario* à tous les cas de complicité. La loi, non contente d'avoir pous-

sé dans ses dernières limites le principe trop rigoureux déjà de l'assimilation, le rend plus dur encore par un mode bizarre d'application : s'il s'agit de peines temporaires, il est juste pense-t-elle, de punir le recéleur comme l'auteur principal, qu'il ait ignoré ou non les circonstances aggravantes du crime ou du délit ; mais s'il s'agit de peines perpétuelles, avant de les appliquer aux recéleurs, il faudra s'assurer qu'au moment du recel, ils ont connu les circonstances aggravantes. Pourquoi cette différence ? C'est évidemment à cause de la gravité de la peine dans le second cas ; le législateur a eu peur lui-même de l'application de son principe et il a reculé, mais il n'a reculé qu'à demi, et pour donner une sorte de raison, de fondement à une théorie chancelante par sa base, il a créé pour le second cas, celui où la peine est perpétuelle, une distinction qui, logiquement et juridiquement, n'est que la règle générale. Et de cette façon il a faussé tout le système, en punissant les complices dans tous les cas, et les recéleurs lorsque la peine encourue est temporaire, avec une rigueur qu'aucune théorie n'est capable de justifier.

Que devient en effet cette règle fondamentale du droit pénal : qu'on n'est coupable qu'avec l'intention de l'être ? Le code ne l'applique que par exception, il faut pour cela qu'il s'agisse d'un recéleur et que la peine encourue soit une peine perpétuelle. Mais si la règle est juste dans ce cas, pourquoi ne l'est-elle pas dans tous les autres ? Quand la peine encourue est une peine perpétuelle, cela tient à ce que le crime commis est plus atroce ; quand elle est temporaire, c'est que l'infraction a été moins grave ; mais dans les deux cas, le principe de la peine est le même, les distinctions entre l'auteur et le complice sont les mêmes, la proportion entre eux doit rester la même, et surtout les conditions d'imputabilité, cette base immuable de toute répression, doivent rester les mêmes.

« Cela est d'une monstrueuse injustice, dit M. Boitard ⁽¹⁾, trouve-t-on des motifs, même apparents, pour colorer les décisions de la loi? J'avoue que je ne le puis pas; la loi même semble prendre à tâche de démontrer l'absurdité du système en y faisant une exception. Ainsi, qu'on pose la question suivante à un homme: quelqu'un a recélé un objet volé, sachant qu'il a été volé, mais dans l'ignorance complète des circonstances aggravantes dont ce vol était accompagné: faut-il appliquer au recéleur l'aggravation de peine? Cet homme, ainsi consulté, répondra, je crois, non; il pensera sans doute, que la connaissance des circonstances aggravantes sera indispensable pour appliquer au recéleur l'aggravation de peine qui en résulte. Quelque parti qu'on prenne, on se décidera sans doute à en adopter un et à y tenir. Eh bien, pas du tout; la question ainsi posée est posée au législateur, il n'y répond ni oui ni non; il répond oui et non. Oui, l'aggravation sera appliquée au recéleur même à raison des circonstances qu'il a complètement ignorées, pourvu que cette aggravation n'entraîne pas l'application de peines perpétuelles; que si au contraire la conséquence de cette aggravation est d'entraîner des peines perpétuelles, la conséquence n'aura pas lieu, l'aggravation ne frappera pas le recéleur.
Ainsi l'article 63, en reculant devant son principe pour le cas où la peine est trop dure, reconnaît lui-même manifestement l'iniquité de ce principe. »

Et si nous jetons les yeux sur l'exposé des motifs de l'article 63, nous ne voyons aucune de ces raisons péremptoires tirées du raisonnement et de la logique, se présenter à l'esprit du législateur: « Nous remarquerons, dit le conseiller d'État Faure au Corps Législatif le 3 février 1810, une distinction établie par le droit naturel et réclamée depuis longtemps par

(1) La loi sur les peines pénales et d'instruction crim. page 221.

l'expérience. Lorsque le vol ne donne lieu qu'à des peines temporaires, il faut, quelque rigoureuses qu'elles soient, que le recéleur subisse la même peine ; il s'est soumis à ce risque dès qu'il a bien voulu recevoir une chose qu'il savait provenir d'un vol. Mais lorsque le crime est accompagné de circonstances si graves qu'elles entraînent la peine de mort, ou toute autre peine perpétuelle, on peut croire que si au temps du recélé, ces circonstances eussent été connues du recéleur, il eût mieux aimé ne pas recevoir l'objet volé, que de s'en charger avec un si grand risque : il convient donc, en pareil cas, pour condamner le recéleur à la même peine que l'auteur du crime, qu'il y ait certitude qu'en recevant la chose, il connaissait toute la gravité du crime dont elle était le fruit. »

J'avoue que je ne saisis pas cette explication, et que je ne comprends pas comment, quand la peine est temporaire, le recéleur se soumet à tous les risques de l'auteur principal, tandis qu'il ne s'y soumet pas lorsque la peine est perpétuelle : entre vingt ans de travaux forcés et six jours de prison, il est cependant permis d'hésiter.

La loi du 23 avril 1832, laissa entière la théorie de la complicité telle qu'elle avait été organisée en 1810 ; elle ne toucha qu'à l'article 63, mais ce ne fut pas pour faire cesser son anomalie, car au contraire elle l'augmenta. Il faut dire que, dans son origine, la loi de 1832 ne devait être que provisoire ; son but était de n'apporter au code pénal que des modifications partielles, en attendant la refonte projetée de toute la législation criminelle. Ce projet n'a malheureusement pas reçu d'exécution. Voici en quoi consiste le changement introduit dans l'article 63 : on hésitait devant l'application de la peine de mort au recéleur, et par un avis approuvé le 18 décembre 1813, le Conseil d'État avait interprété logiquement le texte, en disant que lorsqu'un vol a été commis à l'aide ou

par suite d'un meurtre, les personnes qui ont recélé les effets volés avec connaissance du meurtre qui a précédé le vol, doivent être considérées comme complices du meurtre. C'est devant une rigueur aussi injuste, que plia le législateur de 1832, qui, en laissant subsister l'article 63, le fit précéder d'un paragraphe premier ainsi conçu : néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée à l'égard des recéleurs par celle des travaux forcés à perpétuité. Aujourd'hui la peine de mort n'est donc plus jamais applicable au recéleur, quand même il a connu au moment du recel, toutes les circonstances du crime originai-
re. Mais cette nouvelle disposition, je le répète, laisse subsister et même augmente encore l'inconséquence et l'injustice d'une distinction qu'aucune bonne raison ne peut expliquer.

En résumé, quoique ne s'appliquant qu'aux recéleurs, l'article 63 a ce fâcheux résultat de donner une règle d'interprétation des articles 59 et 60 contraire à la raison et aux principes fondamentaux du droit pénal. D'après ces derniers, on ne doit regarder comme complice que celui qui participe à un crime dont il connaît ou dont il a pu prévoir les circonstances aggravantes; s'il n'est pas convaincu de les avoir connues ou d'avoir pu les prévoir, il ne peut être puni que pour le crime auquel il a cru participer. Avec l'article 63, on est forcé de décider le contraire : puisque, par exception, les peines perpétuelles, ne sont appliquées à certains complices que s'ils sont convaincus d'avoir connu les circonstances aggravantes, il faut *a contrario* dire qu'en règle générale les complices sont punis comme tels, bien qu'ils les aient ignorées.

C'est donc à tort, selon nous, que le simple recéleur, c'est-à-dire celui qui ne se rend coupable que postérieurement au crime, sans entente, sans délibération prise à l'avance, a été regardé par le code comme un complice. Nous avons déjà dit

que le simple recel ne pouvait en effet jamais constituer un acte de complicité, qu'il pouvait être à la vérité un délit, mais un délit spécial, que le législateur aurait dû réprimer par une peine spéciale et dans un chapitre différent de celui de la complicité.

22. — Telle est, exposée aussi brièvement que possible, la théorie de la complicité adoptée par le code pénal. Nous avons répété, à la suite de la plupart des auteurs qui l'ont commentée, toutes les objections qui peuvent lui être faites. Sans parler de celles qui sont secondaires et auxquelles on pourrait obvier sans attaquer l'ensemble du système, la critique se concentre dans deux grands reproches :

1° La distinction qu'elle fait ou plutôt qu'elle laisse deviner entre l'auteur et le complice n'est pas logique : il entre en effet dans le sens naturel et juridique des mots en même temps qu'il se présente à l'esprit de chacun, que l'auteur principal d'un crime doit différer de son complice, en ce que ce dernier est toujours moins coupable que le premier¹. Or, elle les confond dans le même châtiment.

2° Cette distinction est de plus défectueuse, car après avoir considéré comme auteur celui qui prend part à l'exécution matérielle du crime, la loi dans l'article 60, cite parmi les cas de complicité, celui de participer aux faits de consommation. Or, aider et assister l'auteur dans les faits qui consomment l'action et la consommer soi-même, c'est tout un, il est impossible de distinguer.

(1). Cela est si vrai, que deux fois j'ai été témoin personnellement de ce fait : le jury, dans des affaires où il avait plusieurs accusés, répondit relativement à l'un deux : non, sur la question de culpabilité principale, oui, sur celle relative à la complicité ; il fut muet sur les circonstances atténuantes. Quand la condamnation fut prononcée, la même peine frappait le complice et les auteurs, les jurés furent stupéfiés : ils avaient pensé que la déclaration de complicité était elle-même une atténuation suffisante, et avaient jugé inutile d'ajouter des circonstances atténuantes : un complice, pensaient-ils, était toujours moins puni que les auteurs, puisqu'il était moins coupable. Combien de fois ce fait doit-il se présenter !

La seule, la véritable distinction à faire entre les différentes parts de responsabilité des participants à une infraction, c'est, nous n'avons cessé de le répéter, celle entre la participation principale et la participation secondaire. Dans les articles 59 et 60, ces deux sortes de participations sont confondues, certains cas même sont omis, il en résulte que la règle uniforme de l'article 59 est appliquée tantôt justement, tantôt injustement. Les juges ont, il est vrai, à leur disposition des moyens de rétablir l'équité et de distribuer avec justice la peine, d'après les circonstances de chaque affaire, mais alors c'est l'incertitude, c'est même l'arbitraire qui s'introduit dans la répression.

En faveur du code, on peut dire : qu'il évite l'extrême difficulté de mettre en pratique une théorie admettant des distinctions. De plus, dans la juridiction des cours d'assises, il laisse à la cour une plus large appréciation de la proportion à apporter dans les peines, puisque la qualification d'auteur ou de complice de la part du jury, ne change rien à la pénalité. On doit dire enfin, que grâce à l'impartialité de magistrats éclairés, de jurés généralement capables et indépendants, c'est certainement dans notre pays qu'un tel système peut fonctionner avec le moins d'inconvénients.

Quoiqu'il en soit et comme conclusion, nous ne pensons pas que le chapitre actuel du code sur la complicité doive être conservé. Si on ne peut pas dire que l'expérience l'ait complètement condamné, il faut cependant reconnaître que des règles de droit pénal puisées dans le droit romain et les coutumes ont fait leur temps, et que le moment est venu de mettre à exécution le projet déjà formé en 1832. La France doit tenir à honneur de tenter au moins l'essai d'une théorie plus humanitaire, dût-elle offrir dès l'abord, des difficultés que le temps, la marche de la science et les progrès de la civili-

sation finiront par aplanir. Nous ne ferons d'ailleurs que suivre en cela beaucoup d'autres nations dans une voie qu'elle nous ont ouverte depuis longtemps déjà.

Il est certain que les progrès de la civilisation sont en rapport avec le développement de l'industrie et du commerce. Mais il est également certain que ces progrès ne peuvent être réalisés que par la coopération de tous les efforts. C'est pourquoi nous devons nous efforcer de créer une union plus étroite entre les différents peuples de la terre.

En résumé, nous sommes convaincus que l'avenir est réservé à ceux qui ont le courage de se consacrer à la cause de la justice et de la paix.

Il est évident que les progrès de la civilisation sont en rapport avec le développement de l'industrie et du commerce. Mais il est également certain que ces progrès ne peuvent être réalisés que par la coopération de tous les efforts. C'est pourquoi nous devons nous efforcer de créer une union plus étroite entre les différents peuples de la terre.

En résumé, nous sommes convaincus que l'avenir est réservé à ceux qui ont le courage de se consacrer à la cause de la justice et de la paix.

PARTIE PRATIQUE.

Applications du Code.

Nous allons examiner dans cette seconde partie, le système du code dans ses applications, et étudier l'état de la jurisprudence. Nous nous placerons uniquement au point de vue pratique, sans revenir sur les appréciations théoriques qui ont fait l'objet exclusif de la première partie.

ARTICLE 59.

SOMMAIRE :

- 23. — *Comment doivent s'entendre ces mots : « même peine. »*
- 24. — *Le complice doit-il subir toutes les aggravations que subit l'auteur principal ? Jurisprudence.*
- 25. — *Quid des atténuations ? Jurisprudence.*
- 26. — *Que décider lorsque la circonstance aggravante est personnelle au complice ?*
- 27. — *Résumé.*
- 28. — *Nécessité d'un fait principal pour qu'il y ait lieu à complicité ; Jurisprudence ; variations.*
- 29. — *Cas de l'article 580.*
- 30. — *L'article 59 n'est pas applicable aux contraventions.*

23. — Cet article donne lieu à plusieurs questions importantes : et d'abord il est clair, d'après ce que nous avons déjà vu, que lorsqu'il dit que les complices sont punis de la même peine que les auteurs principaux, il n'entend pas par là qu'une peine de même durée doit être infligée aux deux. Il veut dire seulement qu'ils sont passibles du même genre de peine ; quant au montant et à la durée, le juge les détermine dans les limites du maximum et du minimum, conformément aux règles des excuses et avec l'aide des circonstances atténuantes. En sorte qu'à ce point de vue, l'auteur principal peut être puni d'une peine plus forte que le complice, de même qu'il peut l'être d'une peine moindre.

24. Le complice doit-il subir toutes les aggravations que subit l'auteur principal ? En autres termes, l'article 59 doit-il être entendu d'une façon si absolue, que ce soit toujours la peine de l'auteur principal qui soit applicable au complice, quelles que soient les circonstances qui aggravent la peine à l'égard du premier, sans parler ici bien entendu, des exceptions que la loi a faites elle-même ? Disons tout de suite que la jurisprudence ancienne et constante de la Cour Suprême répond affirmativement à cette question. Pour nous, nous sommes obligés d'adopter l'opinion contraire, et si nous combattons une autorité aussi considérable, c'est que nous trouvons un appui dans l'opinion des criminalistes les plus éminents.

Il faut distinguer les circonstances aggravantes qui sont inhérentes au crime ou au délit, et celles qui ne font pas partie du fait en lui-même, mais qui découlent uniquement de la personnalité de l'auteur principal. Ainsi un vol simple est aggravé et devient vol qualifié, s'il a été commis la nuit et par plus d'une personne ; ce sont là des circonstances inhérentes au crime, qui ne peuvent être détachées du fait sans en alté-

rer la nature. Un vol simple est également aggravé et devient vol qualifié, s'il a été commis par un domestique dans la maison de son maître; ici la circonstance aggravante consiste uniquement dans la qualité personnelle à l'auteur, le fait en lui-même n'a pas été modifié, mais c'est la relation entre le fait et son auteur qui reçoit une modification imprimée par sa personnalité et qui rejaillit sur lui.

Lorsqu'il s'agit des circonstances aggravantes inhérentes au fait, il est d'une saine interprétation de la loi de décider que le complice doit les subir comme l'auteur lui-même, sans s'occuper du point de savoir s'il a connu ou ignoré ces circonstances, l'article 59 ne faisant pas de distinction, et l'article 65 restreignant son exception aux seuls recéleurs. Ainsi c'est avec raison que la Cour de cassation a jugé: que la peine applicable au complice doit être la même que celle infligée à l'auteur d'un vol commis avec des circonstances aggravantes d'effraction, bien qu'il soit déclaré à l'égard du premier, par le jury, qu'il n'est point complice de l'effraction ¹. De même: que la peine du complice doit être la même que celle de l'auteur principal, conformément à l'article 59, bien que le complice ait ignoré les circonstances aggravantes du fait principal ². De même: que lorsque le jury, interrogé sur l'existence d'une complicité de vol avec circonstances aggravantes, a répondu: « oui, mais sans avoir connaissance des circonstances aggravantes »; cette réponse, quant à la connaissance, présente un excès de pouvoir, puisque la question de connaissance ne pouvant en ce cas être posée au jury, la Cour d'assises ne doit y avoir aucun égard dans l'application de la peine ³.

(1). Cour cass. 25 oct. 1811, bull. n° 141.

(2). Cour cass. 26 déc. 1812, bull. n° 217.

(3). Cour cass. 8 janv. 1835, bull. n° 4.

Mais doit-il en être de même lorsqu'il s'agit de circonstances aggravantes résultant de la personnalité de l'auteur principal ? Prenons des espèces : les articles 145 et 146 du code pénal punissent des travaux forcés à perpétuité tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura commis un faux ; l'article 147 ne punit que des travaux forcés à temps, toute autre personne qui aura commis un faux en écriture authentique et publique. L'aggravation de la pénalité dans le premier cas tient, on le voit, à la qualité de la personne de l'auteur, à cette circonstance qu'il est officier public. Cette pénalité aggravée doit-elle être appliquée au complice qui n'est pas officier public ? La Cour de cassation a répondu oui ¹. De même, pour le cas de vol, elle a jugé que la pénalité du vol qualifié à raison de la domesticité de l'auteur était applicable au complice ². Elle a décidé encore : que le complice d'un délit d'attentat aux mœurs doit être puni de la même peine que l'auteur principal, bien que celui-ci soit, en sa qualité de mère de l'enfant, passible d'une peine plus forte, aux termes de l'article 334 du code pénal ³ ; que le complice d'un parricide doit comme lui, subir l'aggravation de la peine prononcée par les articles 15 et 302 du code pénal ⁴. Dans toutes ces espèces, l'aggravation ne résultait que de la personnalité de l'auteur principal, et la Cour de cassation n'a pas hésité à appliquer l'article 59 dans son sens le plus absolu.

Une telle jurisprudence ne peut se défendre, elle n'a pour elle que le texte de l'article 59. Mais cette interprétation est-elle la seule possible, et représente-t-elle fidèlement la pensée de la loi ? Est-ce que le législateur a pu vouloir punir un

(1). Cour cass. 15 octobre 1815, Dall. rép. V^o complice, page 459 ; Id, 15 avril 1821, bull. n^o 58.

(2). Cour cass. 24 août 1827, bull. n^o 223.

(3). Cour cass. 22 nov. 1816, Dall. rép. V^o chose jugée, n^o 471.

(4). Cour cass. 5 déc. 1812, bull. n^o 236.

complice pour avoir méconnu des obligations qui n'étaient imposées qu'à l'auteur ? Nous ne le pensons pas : le complice sera puni comme l'auteur principal, a dit le code, c'est-à-dire qu'il ne trouvera pas d'avantage dans sa qualité de complice, qu'il sera puni autant qu'il avait commis le crime, mais la loi n'a pas pu dire qu'il sera puni plus fortement que s'il avait commis le crime lui-même ; ce ne serait plus, dans ce cas, assimiler le complice à l'auteur, ce serait le punir beaucoup plus sévèrement que l'auteur. La raison repousse une semblable application du principe, et c'est se faire par trop esclave du texte, que de le préférer à la raison et à l'équité, lorsqu'il n'est pas impossible d'ailleurs de les concilier avec lui.

Ces décisions de la Cour de cassation sont combattues par presque toute la doctrine : « L'article 59, dit M. Boitard ⁽¹⁾, allant déjà bien loin selon moi, a dit en un mot que celui qui avait encouragé, aidé, facilité le crime, devait être traité comme si lui-même l'avait commis, comme si lui-même en eût été l'auteur ; que dès lors la peine portée pour l'auteur d'un crime serait également appliquée à son complice. Mais déclarer que celui qui a aidé, encouragé, facilité un crime doit être réputé l'avoir commis lui-même, doit être traité comme si lui-même l'eût commis, c'est déjà sans doute aller bien assez loin. Or, dans la question qui nous occupe, et avec la solution qu'on y donne en général, il est évident qu'on va plus loin. Dans les espèces dont il s'agit, on punit le complice, non pas comme on le punirait si lui-même eût commis le crime, mais on le punit d'une manière infiniment plus grave. Si lui-même eût commis l'assassinat, cet assassinat n'étant pas celui de son père, il ne serait pas parricide ; si lui-même eût commis le faux, n'étant pas officier public, il ne

(1). Leçons sur les codes pénal et d'inst. crim. page 240.

serait puni que des travaux forcés à temps, et ainsi de suite. Pourquoi, lorsqu'il a, non pas commis le crime, mais encouragé, facilité ou aidé la perpétration, serait-il puni plus rigoureusement que s'il y eût mis la main, et cela à raison d'une qualité qui lui est complètement étrangère? »

« N'y a-t-il pas, disent MM. Chauveau et Faustin Hélie ¹, une flagrante injustice à punir comme le domestique infidèle, comme le fonctionnaire dilapidateur, comme le fils parricide, le complice qui, en se rendant coupable d'un crime, n'a du moins trahi ni la foi d'un maître, ni les devoirs de ses fonctions, ni les sentiments les plus sacrés de la nature? Si les devoirs de l'un et de l'autre n'étaient pas égaux, comment le crime peut-il être égal? »

Enfin, M. Legraverend ² fait au sujet de cette question une réflexion très juste : « En supposant, dit-il, que le monstre qui a souillé ses mains du sang de son père se soit soustrait aux recherches de la justice, et que le complice seul soit arrêté, l'exemple, but principal de la loi, sera non seulement manqué, mais faussé, si ce complice est envoyé à l'échafaud avec les insignes du parricide et subit les peines accessoires de ce crime; puisque ce spectacle extraordinaire, réservé pour un cas rare et destiné à effrayer le peuple, devient en quelque sorte ridicule, et ne peut être considéré que comme une barbarie, lorsqu'il s'applique, au moyen d'une fiction, à un étranger que l'on mutile par représentation ³. »

On peut voir dans le même sens Carnot ⁴, Bourguignon ⁵, et d'autres encore.

Après ces opinions si sages et si bien motivées, doit-on ajouter que le code chinois lui-même (*ta-tsing-leu-lé*) se

(1). Théorie du code pénal, tom. 1, page 458.

(2). Tome 1^{er} page 155 et suiv.

(3). Depuis 1832, la mutilation du poing est supprimée.

(4). Inst. crim. tom. II, page 574.

(5). Tome III, page 51 et suiv.

montre plus humain que la loi française, ou du moins l'interprétation que lui donne la jurisprudence. Il contient une disposition ainsi conçue : « Quand la position relative de ceux qui ont commis un délit, met de la différence dans leur sujétion à la peine, le plus coupable la subira comme principal dans le délit qu'il a commis lui-même, et les complices ne seront punis comme accessoire que pour la portion de culpabilité qu'ils ont dans le délit. »

La doctrine de la Cour de cassation est défendue par M. Blanche⁽¹⁾; en parlant de l'aggravation de la peine du parricide, cet auteur dit : « Pourquoi cette aggravation de peine? Est-ce à cause d'une circonstance indépendante du crime? Non, la qualité du meurtrier est l'un des éléments constitutifs de l'incrimination; c'est elle qui transforme le meurtre en parricide. Il est donc évident que la peine du fait incriminé étant celle qui doit atteindre le fait de complicité, c'est la peine du parricide et non celle du meurtre qui, dans ce cas, est encourue par le complice. » Nous ne pouvons admettre cette donnée que la qualité du meurtrier n'est pas une circonstance indépendante du crime. Le parricide est un meurtre comme un autre, il ne devient un crime d'une nature spéciale que relativement à la personne dont la qualité lui donne ce caractère; vis-à-vis de toute autre, il garde sa nature de meurtre ordinaire. La circonstance aggravante est donc complètement indépendante du fait en lui-même, elle est subordonnée et limitée à une relation, à un rapport existant entre l'auteur et la victime. Il en est de même de tous les autres cas où la circonstance aggravante réside dans une qualité personnelle à l'auteur.

Une objection se fait tout naturellement au système que soutient l'éminent avocat-général : qu'on suppose un crime

(1). Études pratiques sur le code pénal, tom. II, pag. 14 et suiv.

de parricide commis non pas par un auteur et un complice, mais par deux coauteurs, dont l'un est le fils de la victime, l'autre un étranger. L'article 59 ne s'appliquant qu'aux complices, on ne doit pas évidemment punir le coauteur étranger de la peine encourue par le fils de l'homicidé; pour lui il n'a commis qu'un meurtre ordinaire, et n'a encouru que la peine du meurtrier; cette distinction naît de la force des choses. Or, il résulte de là que le complice est puni plus sévèrement que le coauteur; celui qui a conçu, exécuté le crime, est plus favorable aux yeux de la loi que celui qui n'a fait que le faciliter!

La Cour de cassation tourne cette difficulté au moyen de l'article 60 : elle décide que cet article s'applique au coauteur aussi bien qu'au complice, puisqu'il comprend sous ce terme ceux qui ont assisté les auteurs dans les faits qui ont consommé le crime; si les coauteurs sont sur la même ligne que les complices, dit-elle, on doit appliquer aux uns et aux autres l'article 59, et dans tous les cas les punir de la même peine. C'est ce qui résulte de plusieurs décisions¹. C'est donc sur une malheureuse et regrettable équivoque de l'article 60, que s'appuie le système inhumain de la Cour de cassation. Où en arrivera-t-on avec une interprétation aussi absolue? Lorsqu'une infraction aura été commise par plusieurs, sans qu'il soit besoin de distinguer s'il y a des coauteurs et des complices, la même peine sera toujours applicable à tous, et quelle peine! celle encourue par celui qui est le plus coupable, fût-ce à raison d'une circonstance qui lui est toute personnelle, que la plupart du temps les autres auront ignorée.

Cette théorie, poussée dans ses derniers retranchements, devient à un tel point inadmissible, qu'elle est abandonnée

(1). Cour cass. 23 mars 1827, bull. n° 63; id. 29 mars 1827, bull. n° 66; id. 24 août 1827, bull. n° 224.

dans certains cas, même par ses partisans; mais alors c'est sous forme d'exception à la règle qu'ils présentent ces cas; seulement, pour qu'une exception soit rationnelle, ne faut-il pas qu'elle ait son motif, sa raison d'être? Si elle n'a d'autre cause que son impossibilité de rester dans la règle, c'est la preuve que la règle est mauvaise. Supposons que l'auteur principal soit en état de récidive, il devra subir, en raison de cette circonstance, une aggravation de peine, le complice la subira-t-il? D'après le système de la Cour de cassation, qui consiste à suivre scrupuleusement et à appliquer toujours l'article 59, il faudra répondre oui. Elle ne le fait cependant pas, et dans ce cas, elle admet que la récidive n'influera que sur l'auteur principal¹. Mais quelle raison théorique y a-t-il de distinguer ici? Est-ce que la circonstance que l'auteur principal est un fils dénaturé, ne lui est pas tout aussi personnelle que celle qu'il est un criminel endurci? Est-ce que la première n'est pas aussi étrangère au complice que la seconde?

25 — Si nous passons maintenant aux atténuations de peine, nous voyons encore mieux l'inconséquence du système que nous combattons. Il n'y a pas de difficulté sur les atténuations qui découlent de faits inhérents au crime ou au délit; de même que les aggravations de ce genre nuisent à l'auteur et au complice, de même les atténuations profitent à l'auteur et au complice. Ainsi, dans le cas de l'article 321 du code pénal, le meurtre, les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes. Cette atténuation tient à des circonstances qui font partie du crime ou délit lui-même, qui le constituent. L'auteur et le complice en profiteront donc tous deux; on ne trouverait aucune raison équitable

(1) Cour. cass. 5 juil. 1806, bull. n° 107. — *La Loi* 11 juil. 1806, n° 107.

d'en accorder le bénéfice à l'un et de le refuser à l'autre. Mais là où se montre la difficulté, c'est lorsqu'il s'agit d'atténuations provenant d'une circonstance personnelle à l'auteur principal. Supposons par exemple, que ce dernier est un mineur de 16 ans qui a été déclaré avoir agi avec discernement. Dans ce cas, on sait que sa peine est diminuée dans une notable proportion. Pour être logique et conséquente, la jurisprudence ne devrait-elle pas dire que le complice quoique majeur de 16 ans, profitera aussi de cette diminution de peine? En effet, de quoi s'agit-il ici, sinon de l'application de l'article 59? Or cet article ne distingue pas, il dit que le complice sera puni de la peine de l'auteur principal : cette peine est mitigée, donc le complice n'encourt qu'une peine mitigée. Cependant la Cour de cassation a décidé, et avec raison, que la diminution de peine doit profiter au mineur de 16 ans seul¹ : « Attendu, dit-elle, que l'indulgence qui est personnelle au mineur, puisqu'elle est accordée à son âge, ne saurait être invoquée par son complice ». Ce motif est vrai et juste, mais pourquoi ne pas reconnaître également qu'une circonstance aggravante personnelle à l'auteur principal ne doit pas nuire au complice?

Les circonstances atténuantes, avons-nous dit plus haut, ne sont que de véritables excuses, elles peuvent être accordées à l'auteur principal et refusées au complice, ou réciproquement. Il n'est jamais venu à l'idée de personne de prétendre qu'elles ne sont pas personnelles à celui qui les a obtenues, et que le complice par exemple, peut les invoquer, lorsqu'elles ont été admises en faveur de l'auteur principal. Cependant, elles ont pour résultat d'adoucir la peine, et si on veut appliquer à la lettre l'article 59, il faut dire que le complice doit toujours suivre le sort de l'auteur principal,

(1). Cour cass. 19 août 1813; id. 21 avril 1815, Dall. rép, V^o complice, n^o 25.

qu'il doit profiter des circonstances atténuantes lorsque l'auteur principal les a obtenues, et qu'il ne peut les obtenir lorsqu'elles ont été refusées au premier.

26 — Ce n'est pas encore tout : prenons maintenant le cas où une circonstance aggravante résulterait, non pas de la qualité de l'auteur principal, mais de celle du complice. Par exemple, un meurtre a été commis par un auteur et un complice, l'auteur est étranger à la victime, le complice est son fils. La jurisprudence ici, reste conséquente avec son principe, en n'appliquant au complice que la peine de l'auteur principal. Ainsi il a été décidé par la Cour de cassation : qu'une fille déclarée complice du meurtre de sa mère, ne peut être punie comme parricide ¹. Des questions analogues ont été tranchées dans le même sens ². Pour donner raison à sa doctrine, cette jurisprudence ne blesse-t-elle pas la conscience publique ? Comment ! l'assassin de son père n'est pas parricide, uniquement par suite de cette circonstance qu'il n'était pas seul pour l'accomplissement de son forfait ! Mais, en même temps qu'un tel système est profondément immoral, n'est-il pas dangereux au dernier point ? Ne donne-t-il pas à ces enfants sans entrailles, à ces criminels pour lesquels la loi épuise toutes ses rigueurs, un moyen sûr de détourner un châtiment terrible ? Elle leur dit : associez-vous un malfaiteur quelconque, armez son bras, donnez-lui vos instructions, organisez les moindres détails du guet-apens où va périr votre père. Vous êtes convaincu de toutes ces circonstances, mais vous n'êtes pas parricide ; vous êtes à l'abri, vous êtes à couvert par la personnalité de votre agent !

Toutes ces inconséquences découlent de l'interprétation par trop étroite que l'on veut faire de l'article 59. Pourquoi

(1). Cour cass. 27 avril 1815, Dall. rép. V^o complice, n^o 25.

(2). Cour cass. 23 mars 1827, bull. n^o 63 ; id. 16 avril 1818, bull. n^o 45 ; id. 21 mars 1844, bull. n^o 109.

donc ne pas lui donner un sens plus doux, plus rationnel, qui est certainement tout aussi logique, tout aussi plausible? Pourquoi ne pas le traduire ainsi : le complice doit être puni de la même peine que l'auteur principal, c'est-à-dire qu'il ne devra pas compter sur sa qualité de complice pour y trouver une atténuation du châtement, qu'il sera puni, quoique complice, comme s'il était auteur principal; qu'en conséquence, d'une part, il ne pourra jamais être puni plus sévèrement, et, d'autre part, jamais être traité plus favorablement que s'il était lui-même l'auteur principal. Cette interprétation s'explique parfaitement; elle est juste, équitable, satisfait la conscience, et dans l'application elle pare à tous les inconvénients qu'on rencontre dans le système que nous venons d'étudier.

Quant à ce principe que donne M. Blanche, que c'est le fait incriminé qui doit donner la mesure de la peine pour l'auteur et pour le complice, nous n'en trouvons la justification nulle part, et il nous paraît reposer sur l'arbitraire : l'incrimination, lorsqu'il y a plusieurs participants à un crime, n'est pas un terme collectif, embrassant dans la proportion voulue les différents degrés de responsabilité de chacun, c'est tout simplement la désignation selon la loi, du crime qu'on reproche à l'auteur ou aux auteurs principaux. Mais entre l'incrimination, qui n'est qu'un mode de désignation réunissant tous les participants dans un terme unique, et la condamnation, qui, pour être juste, doit punir chacun proportionnellement à sa faute, il y a une distance énorme : si la première, pour plus de simplicité, peut être générale, la seconde doit être personnelle, car chaque participant garde devant la justice sa personnalité distincte. Qu'importe à tel coupable qu'il soit désigné comme complice de parricide, pourvu que la peine qui le frappe soit proportionnée à sa participation !

La distinction que nous rappelons ici est fondamentale et conforme à l'esprit de l'article 59 ; c'est donc s'écarter de son esprit que de chercher dans l'incrimination, c'est-à-dire dans la désignation du crime commis, la mesure de la peine réservée à l'auteur et au complice.

27 — En résumé et comme conclusion, il faut répondre à la question posée en tête de cette discussion : chaque fois que des circonstances emportant soit aggravation soit atténuation de la peine, seront constitutives du fait en lui-même, c'est-à-dire inhérentes au crime ou au délit, elles nuiront ou profiteront au complice. Mais quand elles naîtront d'une circonstance personnelle à l'auteur principal, elles n'influeront que sur sa condamnation, de même qu'elles n'influeront que sur la condamnation du complice, si elles résultent d'une circonstance personnelle à ce dernier.

28 — Il résulte des termes de l'article 59, et d'ailleurs cela se comprend facilement, que pour qu'il puisse y avoir complicité, il faut qu'il y ait un fait principal :

Les complices d'un crime ou d'un délit, dit en effet la loi, seront punis comme les auteurs de ce crime ou de ce délit. Par conséquent, si ce crime ou ce délit n'a pas eu lieu, il n'a pas pu y avoir de complices. Une autre preuve de cette proposition se trouve dans la dernière disposition de l'article 60, qui dit : « ; sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis. » Cette dernière phrase se présente sous forme d'exception ; or si les complices dont il s'agit ici, complices d'une catégorie spéciale, peuvent être poursuivis par exception lorsque le crime n'a pas été commis,

c'est qu'en règle générale, les complices ne peuvent être poursuivis que lorsque l'infraction à laquelle ils ont participé a été commise, en autres termes lorsqu'il y a eu un fait principal.

Cette nécessité du fait principal est reconnue en principe par la doctrine et la jurisprudence ; il a été jugé plusieurs fois par la Cour de cassation qu'il ne peut y avoir de déclaration légale de complicité, s'il n'y a pas eu de déclaration explicite ou implicite d'un fait principal criminel ¹. Mais cette vérité primordiale et facile à saisir en elle-même, peut donner lieu à quelques difficultés dans l'application.

Précisons bien d'abord la règle telle qu'elle doit être entendue : il faut l'existence d'un crime ou d'un délit commis par un auteur principal. Tout crime ou délit se compose, comme on sait, de deux éléments : du fait et de l'intention criminelle. Ces deux éléments doivent être réunis, puisque si l'un des deux manque, il n'y a ni crime ni délit. C'est là la base, le fondement nécessaire de toute poursuite de complicité. Dans les divers cas qui vont passer sous nos yeux, nous devons donc nous demander toujours : les deux éléments du fait punissable sont-ils réunis ? S'ils le sont, il peut y avoir un complice, quelque soit le sort de l'auteur principal, sinon il n'y a pas de complice possible.

Passant à l'application, nous disons : que pour que le complice soit punissable, il faut que le crime ou le délit soit reconnu, mais qu'il suffit qu'il le soit contradictoirement avec lui. Il ne faudrait pas croire en effet que le complice ne pût être condamné que concurremment ou postérieurement à l'auteur principal ; il est vrai que le plus souvent les choses se passeront ainsi, et que c'est là la marche naturelle d'une affaire.

(1). Cour cass. 14 janv. 1820, Dall. rép. V^o faillite ; id. 29 sept. 1820, bull. n^o 128.

Mais il peut arriver souvent que l'auteur principal ne soit pas jugé en même temps que le complice, soit parce qu'il est encore inconnu, soit parce qu'il est en fuite, soit parce qu'il n'est pas dans un état de santé lui permettant de subir le jugement, ou pour toute autre raison. Dans tous ces cas, il est certain que le complice n'en doit pas moins être poursuivi et jugé, car une chose seulement est nécessaire à établir préjudiciellement aux faits de complicité, c'est qu'un fait principal criminel a été commis par un auteur principal. Une fois ce point établi contradictoirement avec le complice, il ne reste plus qu'à prouver les caractères de la complicité, tels que les a définis la loi, pour que ce dernier puisse être condamné. L'ignorance du véritable auteur ou sa fuite seront très-souvent une chance d'impunité pour le complice, car il sera plus difficile à l'accusation d'établir l'existence du fait principal. Il faut se rappeler en effet que ce n'est pas seulement la matérialité du crime ou du délit qui doit être certaine, mais aussi sa criminalité, relativement à la personne de l'auteur ; car encore une fois, il ne peut y avoir de complicité sans une infraction, et le fait matériel seul ne constitue pas l'infraction. Nous verrons que la jurisprudence a plus d'une fois méconnu ce principe.

C'est donc avec raison, que la Cour de cassation a jugé : que la poursuite du complice n'est pas subordonnée à celle de l'auteur principal¹ ; que, si de deux accusés traduits en jugement, l'un comme auteur d'un crime et l'autre comme complice, le premier est déclaré non coupable et le second coupable de complicité, ces déclarations peuvent être concordantes lorsqu'il existe un corps de délit auquel la complicité puisse se rattacher avec l'auteur quelconque de ce délit, qui n'est pas connu ou mis en jugement² ; que le complice demeu-

(1). Cour cass. 3 nov. 1855, bull. n° 523.

(2). Cour cass. 22 janv. 1850, bull. n° 20.

re condamnable, quoique aucun individu n'ait été déclaré comme auteur principal¹.

Mais c'est à tort, selon nous, qu'elle a décidé : que pour qu'un complice soit poursuivi et puni de la peine prononcée par la loi contre l'auteur principal, il n'est pas nécessaire qu'il y ait condamnation ou poursuites contre cet auteur principal à raison du fait dont il est l'auteur; qu'il suffit que le fait matériel du crime soit jugé et reconnu avec celui qui est accusé d'en avoir été le complice, et que les faits de complicité aient un caractère moral criminel. De même : que la déclaration de non culpabilité de l'auteur d'un crime ne saurait profiter au complice déclaré coupable, toutes les fois que la déclaration intervenue en faveur de l'auteur laisse subsister le fait matériel du crime principal, que ce fait a été jugé et reconnu contradictoirement avec le complice, et qu'en outre les faits de complicité réunissent les caractères voulus par la loi pour les rendre criminels². On voit que dans ces deux derniers arrêts, la Cour a négligé la règle que nous avons posée, et qu'elle pense que le fait matériel du crime suffit à lui seul pour établir un fait principal, c'est-à-dire un véritable crime ou délit. Nous ne pouvons admettre cette solution, que nous regardons comme formellement opposée au texte de l'article 59, lequel veut qu'il y ait eu une véritable infraction commise. Or comment peut-on dire, par cela seul que la matérialité du fait est reconnue, qu'il y a eu une infraction, puisque la question d'intention de la part de l'auteur n'a même pas été examinée? Si l'intention a manqué chez l'auteur principal, il n'y a pas eu fait punissable, et s'il n'y a pas eu fait punissable, il n'y a pas de complice possible. On peut dire, il est vrai, que le complice ayant coopéré à ce fait matériel

(1). Cour cass. 23 février 1843, bull. n° 46.

(2). Cour cass. 24 avril 1812, bull. n° 106; id. 23 avril 1813, bull. n° 83.

reconnu, et la question d'intention étant jugée contradictoirement avec lui, on trouve réunis dans sa personne les deux éléments nécessaires : le fait et l'intention. Mais raisonner ainsi serait faire une confusion ; avant de s'occuper de la personne du complice, il faut, contradictoirement avec ce dernier, établir qu'il y a eu une culpabilité principale ; car, nous ne saurions trop le répéter, et c'est là le nœud de la question, il ne peut y avoir de complice c'est-à-dire de coupable accessoire, sans un coupable principal. De deux choses l'une, ou bien des charges suffisantes pèseront sur un auteur principal, qui alors sera jugé soit contradictoirement soit par contumace concurremment avec le complice, ou bien personne ne sera poursuivi comme auteur ; mais dans ce dernier cas, pour pouvoir poursuivre et condamner le complice, il faudra prouver qu'il y a eu un véritable crime commis, c'est-à-dire un fait, résultat d'une intention criminelle.

Ce n'est pas que nous prétendions que dans le cas des deux derniers arrêts que nous avons cités, le complice ou celui qu'on désigne comme tel, doive rester impuni, ne mérite aucun châtement : il est évident que celui qui coopère volontairement et méchamment à une action mauvaise, doit tomber sous le coup de la loi ; mais ce que nous disons, c'est qu'il n'y tombe pas comme complice, c'est qu'il n'est pas le coupable accessoire d'un coupable principal qui n'existe pas, nous prétendons qu'il est lui-même auteur principal, et que c'est comme tel qu'il doit être poursuivi et puni.

Cette distinction, que nous croyons la saine et logique interprétation de la loi, n'est pas sans importance pratique, surtout avec le système rigoureux de la jurisprudence que nous avons exposé et combattu plus haut : elle laisse chacun dans son rôle, elle punit le coupable pour le crime qu'il a commis et non pas pour celui qu'aurait pu commettre un

auteur imaginaire ; elle évite surtout des contradictions trop faciles dans le système contraire qui expose la justice à frapper aujourd'hui les complices d'un crime que demain elle reconnaîtra peut-être n'avoir pas existé.

Nous trouvons encore un autre argument pour soutenir cette opinion, dans un arrêt de la Cour de cassation elle-même qui a jugé : qu'une soustraction, reconnue non frauduleuse de la part de l'auteur principal, manque d'un des éléments qui constituent le crime, et que du moment qu'il n'y a pas de coupable principal, il ne peut y avoir de complice⁽¹⁾. Si elle reconnaît qu'il ne peut y avoir de complice quand il est certain qu'il n'y a pas de coupable principal, ne devrait-elle pas reconnaître aussi qu'on ne peut pas condamner un complice, quand il n'est pas certain qu'il y a un coupable principal ?

Il peut donc très bien se faire que l'auteur principal soit acquitté, et que le complice soit déclaré coupable ; la contradiction en effet entre ces deux sentences n'est qu'apparente. Du moment qu'il est certain qu'un crime a été commis, tel individu peut être convaincu d'y avoir participé et en être le complice, sans qu'il découle nécessairement de là que celui qui est poursuivi comme auteur principal ; en soit l'auteur. L'accusation peut s'être trompée sur ce dernier et ne pas s'être trompée sur le complice.

Mais cette solution ne pourrait plus être donnée si le crime était de telle nature qu'il n'ait pu être commis que par celui qui est poursuivi comme auteur principal ; dans ce cas en effet la contradiction deviendrait flagrante. Il y aurait encore contradiction, si la condamnation portait qu'un tel est déclaré complice de celui qui, poursuivi comme auteur principal, a été reconnu non coupable. Condamner ici le complice serait

(1). Cour cass. 8 oct. 1820, bull. n° 233.

méconnaître la règle qu'il faut un fait principal pour qu'il puisse y avoir des complices.

La Cour de cassation, que nous venons de voir fidèle à ce principe dans l'arrêt du 8 octobre 1829, l'abandonne de nouveau dans ce dernier cas. D'ailleurs sa jurisprudence, dont nous allons parcourir rapidement les hésitations, est une preuve de la difficulté de la question, et montre la nécessité de s'appuyer constamment sur des principes certains :

Le 26 juillet 1811, elle décide : que quoique l'auteur principal d'un faux commis par un officier public dans un acte de son ministère, soit acquitté comme ayant agi sans intention coupable, le complice simple particulier doit cependant être condamné aux travaux forcés à perpétuité, en vertu de l'article 145 du code pénal : « attendu, dit-elle, que nulle disposition de la loi ne distingue, pour le crime de faux, entre l'officier public auteur du faux et le simple particulier complice de ce même faux ; que d'un autre côté, il est certain en point de droit que l'individu non officier public qui a été sciemment et criminellement complice du faux, est passible de la peine portée par la loi, lors même que l'officier public auteur matériel du faux, se trouve moralement étranger au crime, etc. » Cet arrêt, selon nous, viole deux principes : le premier que nous avons posé plus haut, est qu'une circonstance aggravante personnelle à l'auteur principal, ne peut rejaillir sur le complice ; le second que nous défendons maintenant, est que lorsque le crime est tel qu'il ne peut avoir été commis que par l'auteur principal, si celui-ci est acquitté, il n'y a pas de complicité possible.

Le 21 juillet 1814, reconnaissant le vice d'une telle doctrine, la Cour de cassation l'abandonna pour décider dans une espèce analogue : que dans le cas où l'officier public est

(1). Cour cass. 26 juil. 1811, Dall. rép. V^e complice, n^o 70.

déclaré non coupable, le complice ne peut plus être condamné à raison du faux commis par cet officier public dans un acte de son ministère, et qu'il n'est alors responsable que d'un faux ordinaire en écriture publique¹. Elle jugeait ainsi qu'il ne suffit pas d'établir le fait matériel, mais aussi la culpabilité de l'auteur principal, pour qu'il y ait lieu à punir la complicité. Elle reconnaissait de plus que le prétendu complice n'est dans ce cas que le véritable auteur principal d'un crime.

Cette jurisprudence, que nous croyons conforme aux principes et à l'esprit de la loi, fut maintes fois appliquée². Malheureusement, après les nombreuses décisions qu'on trouve dans ce sens, et qui pouvaient faire penser que l'interprétation de la loi était définitive, la Cour suprême revient à ses anciens errements. L'arrêt que nous allons citer fut rendu sur les conclusions de M. le Procureur-général de Royer et après partage. Cette dernière circonstance permet d'espérer qu'un jour la doctrine contraire triomphera de nouveau. « Attendu, dit la Cour, qu'en matière criminelle, la question de culpabilité est une question complexe, embrassant à la fois la matérialité même du fait, et l'intention criminelle de son auteur; que ces deux éléments essentiellement distincts font, au même titre, l'objet du libre examen du jury; que rien donc n'empêche que le jury, après avoir résolu négativement la question de culpabilité à l'égard de l'auteur principal du crime, résolve affirmativement la même question à l'égard du complice de ce même crime; qu'il est incontestable, en effet, que ces deux réponses, loin d'être

(1). Cour cass. 21 juil. 1814, bull. n° 35.

(2). Cour cass. 24 avril 1818, bull. n° 47; id. 8 octobre 1818, bull. n° 125; id. 11 février 1819, bull. n° 18; id. 25 déc. 1823, bull. n° 259; id. 18 janvier 1828, Dall. rép. 1828, 1.100; id. 20 septembre 1828, bull. n° 272; id. 22 juillet 1850, bull. n° 190; id. 5 juil. 1851, bull. n° 259; id. 10 juil. 1851, bull. n° 272; id. 6 mai 1854, bull. n° 159.

viciées par une contradiction quelconque qui ne leur permettrait pas de produire leurs effets légaux, ont pour résultat unique et nécessaire de signaler, d'une part, la différence d'appréciation du jury envers les deux accusés, au point de vue de la criminalité de leurs intentions, et de constater au contraire, d'autre part, à l'égard de l'un et l'autre accusé, son opinion affirmative sur l'existence matérielle des faits. D'où il suit que la déclaration de non culpabilité à l'égard de l'auteur principal n'entraîne pas nécessairement une semblable déclaration à l'égard du complice, etc..... »

Nous sommes certainement d'accord avec la théorie des principes émis dans cet arrêt, mais nous ne pouvons nous résoudre à en déduire les mêmes conséquences. Il est très-vrai que la question de culpabilité est complexe et se compose toujours de ces deux questions distinctes ; celle du fait matériel et celle de l'intention criminelle. Mais ce que nous soutenons, c'est que la question entière doit être résolue affirmativement vis-à-vis de l'auteur principal pour qu'on puisse condamner le complice ; c'est que si l'auteur n'est pas coupable d'un crime ou délit réel, le complice ne peut non plus être coupable de complicité. Le complice, le mot lui-même l'indique, n'est que l'accessoire d'un principal coupable ; l'un disparaissant, l'autre le suit forcément, *accessorium sequitur principale*. Comment donc peut-on logiquement condamner un complice, quand on reconnaît qu'il n'y a pas d'auteur ?

On nous fera peut-être cette objection : si le complice n'est pas punissable à raison du défaut d'intention chez l'auteur principal, l'impunité sera accordée à tous ceux qui seront assez habiles pour abuser de la bonne foi, de l'ignorance, de la jeunesse de quelques-uns, et leur faire exécuter les

(1). Cour cass. 9 février 1855, bull. n° 58.

crimes ou les délits qu'eux-mêmes auront conçus, sans oser les accomplir. Nous avons déjà répondu qu'un tel résultat est loin de notre pensée ; nous ne voulons l'impunité d'aucun coupable. Celui qui conçoit, qui résout une action punie par la loi, mais qui au lieu de l'exécuter lui-même se sert, comme d'un instrument, du bras inconscient, inintelligent d'une autre personne, ou qui la trompe de façon à surprendre complètement sa bonne foi, celui-là, si nous ne nous méprenons, est l'auteur réel de l'infraction commise, et rien n'empêche de le poursuivre comme tel, mais ce serait blesser à la fois la logique, les principes et la loi elle-même, que d'en faire le complice de celui qui n'ayant été que son véritable instrument, ne mérite aucune peine.

29 — C'est encore par application de la règle que nous étudions, qu'il faut dire qu'il ne peut y avoir de complices dans le cas de l'article 380 du code pénal. Il est ainsi conçu : « Les soustractions commises par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères, ou autres ascendants, par des pères et mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants, ou par des alliés aux mêmes degrés, ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles. — A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. » Cet article prête à une controverse connue, et qui n'a trait qu'indirectement à notre question : les uns prétendent que lorsqu'une soustraction est commise dans les conditions et par les personnes qu'il énumère, il y a un véritable vol, mais que la loi a jugé à propos de ne pas le punir, à cause de

considérations de famille. Ils s'appuient surtout sur ces expressions de l'article : « objets volés. » D'autres, et c'est notre opinion, soutiennent qu'il n'y a pas là un véritable vol, par conséquent, que si la loi ne frappe pas, c'est qu'elle n'a à punir ni crime ni délit; ils argumentent de la copropriété des membres d'une même famille, et aussi de cette raison théorique qu'on ne doit pas supposer l'impunité accordée par la loi elle-même à une action punissable. Ce n'est pas ici le cas de discuter à fond cette question; quelque soit en effet le parti qu'on adopte, on doit dire qu'il n'y a pas lieu de poursuivre de complices, puisqu'aucune peine ne frappe l'auteur principal, et que le complice est puni de la même peine que lui. La Cour de cassation l'a décidé ainsi ¹.

Mais la solution resterait-elle la même, si le parent qui a commis la soustraction avait un coauteur étranger; et dans ce cas le complice deviendrait-il punissable? Plusieurs de ceux qui pensent qu'il n'y a pas vol dans le cas de l'article 380, tirent de là la conséquence qu'il ne peut y avoir de coauteur punissable; nous n'irons pas si loin : celui qui aide un parent à consommer une soustraction ne s'associe pas à un voleur, puisque celui-là ne l'est pas, mais il commet lui-même un vol, dont il devra répondre comme auteur, l'exception étant restreinte par l'article 380 aux seuls parents ou alliés. De plus, le complice, s'il y en a, devra être poursuivi comme tel, car cette fois il y a un fait principal. La Cour de cassation a jugé dans ce sens dans deux arrêts, dont le second a été rendu par les chambres réunies ².

L'article 380, dans son second alinéa, porte que ceux qui auront recélé ou auront appliqué à leur profit les objets volés, seront punis comme coupables de vol. Des auteurs pensent

(1). Cour cass. 15 avril 1823, bull. n° 73; id. 1^{er} oct. 1840, bull. n° 292.

(2). Cour cass. 12 avril 1844, bull. n° 133; id. chamb. réun. 23 mars 1843, bull. n° 110.

qu'il faut voir dans les individus ainsi désignés de véritables complices, et n'hésitent pas à leur appliquer toutes les conséquences de la complicité. La Cour de cassation appuie cette opinion ¹. Nous ne croyons pas devoir l'adopter, et la controverse dont nous avons parlé tout-à-l'heure, nous fournit la principale raison de notre manière de voir : les parents et alliés, avons-nous dit, ne commettent pas un vol dans le sens juridique du mot ; la preuve en est que la loi ne les punit pas ; or s'il n'y a pas de vol, conformément à tous les principes que nous avons émis, nous disons qu'il n'y a pas de complicité possible. De plus, nous argumentons du texte de l'article 59 lui-même, qui dit que les complices seront punis de la même peine que l'auteur principal ; or cette peine n'existe pas, donc on ne peut l'appliquer au complice. Nous remarquons encore que l'alinéa deux de l'article 580 lui-même ne dit pas que ceux qui auront recélé ou appliqué à leur profit les objets soustraits, sont des complices, mais sont coupables de vol ; et en effet c'est un véritable vol principal qu'ils commettent, la culpabilité du parent étant nulle. Nous ajoutons enfin, conformément aux principes que nous avons posés dans la partie théorique, que la complicité par recélé étant une véritable anomalie dans la loi, il faut profiter de ce que le texte ne donne pas lui-même ici la qualification de complice, pour rentrer dans les règles générales sur la responsabilité pénale, et ne voir dans le cas qui nous occupe qu'un délit *sui generis*, assimilé au vol par le texte de l'article 580.

30 — Avant de quitter l'article 59, que nous avons étudié dans ses applications les plus délicates, faisons remarquer qu'il résulte formellement de son texte, qu'il n'est applicable qu'aux crimes ou aux délits ; par conséquent, il n'y

(1). Cour cass. 8 oct. 1818, bull. n° 155 ; id. 28 mars 1858, bull. n° 79 ; id. 6 juin 1859, bull. n° 175.

a pas de complicité en matière de contraventions, à moins toutefois d'exception formelle de la loi, comme dans le cas de tapages injurieux ou nocturnes ¹. Le Code de 1791 n'avait parlé que des crimes à propos de la complicité, les mêmes principes avaient été, dans l'usage, étendus par nécessité aux délits. Aujourd'hui que l'article 59 est précis, il n'y a même plus de doute possible, et la Cour de cassation a toujours cassé les décisions qui avaient méconnu ce principe ².

ARTICLE 60.

SOMMAIRE :

- 31. — *Règles d'application de cet article.*
- 32. — *Provocation ; jurisprudence.*
- 33. — *Instruction ; jurisprudence.*
- 34. — *Fourniture d'armes, instruments ou autres moyens ; jurisprudence.*
- 35. — *Aide et assistance à s les faits qui ont préparé ou facilité l'acton ; jurisprudence.*
- 36. — *Complicité en cas d'entative, jurisprudence.*

31 — Cet article ne soulève pas dans la pratique, autant de difficultés que le précédent : il suffit, pour l'appliquer juridiquement et selon son esprit, de ne pas oublier ces deux règles : 1° Que les cas qu'il énumère sont limitatifs, 2° que les circonstances qu'il précise sont le caractère indispensable de tout mode de complicité. La première de ces règles se passe de commentaires, nous nous arrêterons quelques instants sur la seconde ; celle-ci n'est elle-même que la conséquence de ce grand principe de droit pénal : qu'il n'y a de

(1). Article 479, n° 8 du code pénal.

(2). Cour cass. 21 avril 1826, bull. n° 80 ; id. 16 oct. 1840, bull. n° 308.

réprimé que ce que la loi désigne clairement, et que tout ce qu'elle ne défend pas est permis.

32 — Le premier mode de complicité indiqué par l'article 60 est la provocation; pour constituer une complicité réelle, elle doit, selon le texte, se traduire par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables. Ainsi donc, quelque criminelle soit une provocation au crime, si elle n'emprunte pas une de ces formes, elle ne constitue pas un cas de complicité. Nous savons déjà que le simple conseil qui n'est accompagné ni de menaces ni de machinations, n'est pas une provocation rentrant dans les termes de l'article 60. Les circonstances énoncées dans cet article étant restrictives d'une part, et de l'autre nécessaires à la qualification de complicité, il est de toute évidence qu'elles doivent être mentionnées dans les questions faites au jury et dans l'arrêt ou dans le jugement de condamnation. Si elles ne s'y trouvaient pas mentionnées, on ne saurait pas si le jury a jugé les faits tels que le veut la loi, on ne saurait pas non plus si la Cour ou bien le tribunal a appliqué la loi, ce qui rendrait impossible soit l'appel soit le recours en cassation. La jurisprudence de la Cour suprême a toujours confirmé ces principes; elle a jugé : que s'il ne résulte pas de la déclaration du jury que la provocation au crime ait été faite par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, cette simple provocation, sans aucune des circonstances déterminées par la loi pour caractériser la complicité, ne suffit pas pour autoriser l'application des peines portées contre l'auteur du crime ou du délit, et qu'une pareille provocation n'est qualifiée crime ni délit par aucune loi ¹.

(1). Cour cass. 3 sept. 1812, bull. n° 200.

Non seulement les caractères nécessaires de la complicité par provocation doivent être mentionnés dans la question au jury ; mais encore pour éviter toute équivoque, ils doivent y être mentionnés avec la même signification exacte qu'y a attachée la loi. Ainsi ; lorsqu'on interroge les jurés sur le point de savoir si un tel est coupable de complicité par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, il ne faut pas omettre dans la question le mot *coupables*, et dire seulement machinations ou artifices. Le jury répondant simplement : *oui*, on ne sait pas si les artifices sont coupables, et le code exige qu'ils aient cette qualification pour devenir un élément de complicité. Un arrêt a été cassé uniquement pour ce motif¹. Il a été jugé également que le terme *coupables* n'est applicable qu'aux artifices, qu'il n'est pas besoin de l'ajouter aux machinations, lesquelles sont toujours coupables et suffisent par leur sens propre, à caractériser la complicité².

33 — Les instructions données pour commettre l'action sont à elles seules constitutives de la complicité. L'article 60 n'exige ici en effet aucun qualificatif ; il n'est pas nécessaire que le jury soit consulté, pour savoir si les instructions ont été coupables, frauduleuses, publiques, etc. Le fait seul d'avoir donné des instructions une fois reconnu, il y a complicité. La Cour de cassation a jugé en ce sens : qu'il suffit, pour être condamné comme complice d'un crime ou d'un délit, d'avoir donné des instructions pour le commettre, sans qu'il soit nécessaire d'exprimer que ces instructions ont été données frauduleusement³. De même : que le paragraphe premier de l'article 60, qui définit le genre de complicité

(1). Cour cass. 27 oct. 1815, bull. n° 60.

(2). Cour cass. 15 mars 1816; Id. 19 oct. 1852, Dall. rép. V° complice, n° 406.

(3). Cour cass. 21 août 1845, bull. n° 264.

consistant à avoir donné des instructions pour commettre un crime ou un délit, n'exige pas, comme les dispositions subséquentes, qu'il soit dit que l'accusé de ce genre de complicité a agi avec connaissance, ou sciemment, ou sachant que ces instructions devaient servir à commettre un crime ou un délit ¹.

On peut remarquer que dans les paragraphes deux et trois, l'article 60 veut que les faits de complicité soient déclarés avoir existé sciemment ou avec connaissance de la part des complices, tandis que dans le paragraphe premier, elle ne se sert pas de ces expressions. Il ne faudrait pas en conclure que dans le cas du paragraphe premier, la connaissance de l'action coupable, c'est-à-dire l'intention criminelle n'est pas nécessaire, tandis qu'elle l'est dans les cas des paragraphes deux et trois; c'est un principe qui domine toutes les matières pénales, qu'il n'y a ni crime ni délit sans intention coupable. Si l'expression *intentionnellement*, ou *sciemment*, ou *avec connaissance*, n'a pas été mise dans le paragraphe premier, c'est que ce paragraphe ne parlant que de provocation, il est impossible de supposer une provocation à une action criminelle sans intention coupable.

34 — Pour être déclaré complice pour avoir procuré des armes, instruments ou autres moyens, il faut que ces armes, instruments, etc. aient servi à l'action et qu'ils aient été procurés avec connaissance qu'ils devaient y servir. Ces deux conditions sont essentielles et se conçoivent sans qu'il soit besoin de les justifier. Elles doivent être constatées par le jury, puisque sans elle il n'y a pas de complicité. Ce n'est pas que les termes dont s'est servi la loi soient sacramentels, mais si on ne les emploie pas, il faut les remplacer par des expressions signifiant clairement la même chose. C'est donc

(1). Cour cass. 23 mai 1844, bull. n° 179.

à tort, selon nous, que la Cour de cassation a jugé : que la réponse du jury qui déclare l'accusé coupable d'avoir fourni des instruments pour commettre le crime, implique suffisamment la connaissance exigée par l'article 60 ¹. Ces expressions *pour commettre le crime* sont ambiguës et ne disent pas nettement si l'accusé savait, en fournissant les instruments, qu'ils devaient servir à un crime. Mais c'est avec raison que la même Cour a décidé : que le deuxième alinéa de l'article 60 exige que les moyens soient fournis en sachant qu'ils doivent servir à l'action qualifiée délit, et qu'il ne suffirait pas de savoir qu'ils peuvent servir à une action ainsi qualifiée ².

35 — Le dernier mode de complicité, prévu par le paragraphe trois de l'article 60, consiste dans l'aide et l'assistance données avec connaissance à l'auteur ou aux auteurs du crime ou délit, dans les faits qui ont préparé ou facilité l'action, ou dans ceux qui l'ont consommée. Ici, comme pour les modes précédents, les termes de la loi ne sont pas sacramentels, mais il sera toujours plus sûr de les employer dans la question à poser au jury ; de la sorte, toute équivoque sera évitée. La connaissance, de la part du complice, qu'il participait à un acte coupable, est une circonstance essentielle qui, si elle n'était pas constatée, ôterait le caractère criminel à la complicité ³. La Cour de cassation a décidé cependant qu'en matière de viol, il était inutile de mentionner la connaissance dans la déclaration de complicité : « Attendu, dit-elle, qu'il est contre l'essence des choses de supposer qu'un accusé ait pu aider et assister les auteurs du viol dans les

(1). Cour cass. 2 juin 1832, bull. n° 200.

(2). Cour cass. 18 mai 1844, bull. n° 144.

(3). Cour cass. 10 oct 1816, bull. n° 72; id. 27 sept. 1822, bull. n° 136
id. 16 juin 1827, bull. n° 149; id. 4 juil. 1839, bull. n° 8; id. 24 juil. 1847
bull. n° 160.



moyens de le commettre, sans qu'il sût qu'il prêtait aide et assistance pour commettre une action criminelle; que de l'omission des mots *avec connaissance*, il est donc impossible de conclure que l'accusé n'est pas convaincu d'avoir agi dans des intentions coupables ¹. » Nous croyons cette décision regrettable, car elle sacrifie une question de principe, dont l'existence est une garantie importante pour l'accusé; si dans la plupart des cas, les raisons données dans cet arrêt sont justes, qui peut dire qu'il ne se présentera pas un cas où elles ne le seront plus? La variété des événements et des faits est infinie, et telle chose qui aujourd'hui paraît surprenante et incroyable, le lendemain devient possible et naturelle. Or la Cour de cassation, ne l'oublions pas, n'est juge que du droit, le fait n'est pas de son ressort, et si le jour où elle a rendu son arrêt, l'espèce y prêtant probablement, elle a décidé qu'il était impossible en fait qu'un complice de viol ignorât le but coupable de l'auteur, n'est-elle pas un peu sortie de ses attributions?

Nous ne reviendrons pas ici sur le reproche adressé au paragraphe trois de l'article 60, relativement à la confusion qu'il fait des coauteurs et des complices; nous nous bornerons à mentionner quelques arrêts de la Cour suprême, qui feront mieux ressortir encore l'inconvénient que nous avons signalé. Il a été jugé : que celui qui fait le guet en dehors de la maison, tandis que son compagnon vole à l'intérieur, est coauteur du vol ²; que lorsqu'il est déclaré par le jury qu'un accusé a assisté un individu dans les faits qui ont consommé le vol, cet accusé doit être considéré comme coauteur du vol ³; que l'accusation de complicité de meur-

(1). Cour cass. 18 mai 1815, Dall. rép. V^e attentat aux mœurs, n^o 67.

(2). Cour cass. 9 avril 1813, Dall. rép. V^e complice, n^o 156.

(3). Cour cass. 24 août 1827, Dall. rép. V^e complice, n^o 160.

tre par aide ou assistance équivant à celle d'en être l'auteur ou le coauteur ¹. Par contre, on a décidé : que la déclaration que l'un des accusés a aidé et assisté le coupable au moment où la victime a été frappée, établit légalement la complicité ²; que l'usage que le complice a fait d'une pièce fausse sachant qu'elle était fausse, facilite le crime et aide à le commettre ³.

C'est en vain que nous chercherions dans ces décisions l'unité d'interprétation, l'unité de principes qui doit guider les juges; chaque arrêt est rendu suivant l'impression laissée par chaque espèce, et en se rapprochant autant que possible du sens apparent de la loi; mais ce sens lui-même est variable, flexible, et ne donne pas cette délimitation précise que nous avons toujours demandée entre l'auteur et le complice. De là les résultats pratiques que nous indiquons.

36 — L'article 60 ajoute à ces dispositions : « sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis. » Nous avons vu que c'est là une exception au principe qui veut que pour qu'on puisse poursuivre le complice, il y ait un crime ou délit principal commis. Ajoutons qu'il y a néanmoins un cas où on ne peut pas dire que l'infraction ait été commise, et où cependant on doit poursuivre l'auteur et le complice : c'est le cas de la tentative. Elle est définie dans les articles 2 et 3 du Code pénal : « Toute tentative de crime, dit l'article 2, qui aura été manifestée par un com-

(1). Cour cass. 19 juil. 1859, Dall. rép. V^o complice, n^o 160.

(2). Cour cass. 19 juil. 1859, Dall. rép. V^o complice, n^o 124.

(3). Cour cass. 21 février 1812, Dall. rép. V^o complice, n^o 124.

mencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même. » L'article 3 continue : « Les tentatives de délit ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. » Si nous rapprochons ces deux textes des termes des articles 59 et 60, nous disons : est puni de la même peine que l'auteur principal tout complice d'une action qualifiée crime ou délit ; la tentative étant dans certains cas qualifiée crime ou délit, celui qui dans ces cas en est complice sera puni comme celui qui en est l'auteur. Ce point indiscutable est reconnu et appliqué par la jurisprudence ¹.

Il ne faudrait pas vouloir reporter cette théorie, sur la tentative de complicité. Celle-ci n'existe pas, car nulle part la loi ne l'a définie, nulle part elle ne s'en est occupé. Il est déjà si difficile d'établir les caractères de la complicité elle-même, qu'on peut dire qu'il serait impossible de reconnaître ceux de la tentative.

ARTICLES 61, 62, 63.

SOMMAIRE :

- 37. — *Recel des coupables; il n'est pas nécessaire que les criminels forment une bande organisée commettant habituellement des brigandages.*
- 38. — *Le fait seul de fournir des aliments ne suffit pas pour rendre l'article 61 applicable.*
- 39. — *Quid, si les criminels sont recelés par les domestiques du maître? Quid, de la femme? Jurisprudence.*

(1). Cour cass. 6 février 1812, bull. n° 19.

- 40. — *De quels crimes les recéleurs de coupables sont-ils complices ?*
- 41. — *Difficulté d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation à l'article 61.*
- 42. — *Recel des objets obtenus à l'aide de crimes ou de délits; sa définition.*
- 43. — *Il doit être commis sciemment; déclaration du jury. Jurisprudence.*
- 44. — *La femme peut-elle être condamnée comme complice de son mari? Jurisprudence.*
- 45. — *Le complice par recel peut être coupable en même temps, d'un autre crime ou délit.*
- 46. — *La même personne peut être poursuivie plusieurs fois pour complicité par recel du même crime. Jurisprudence.*
- 47. — *Difficulté d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation à l'article 62.*

37 — Nous arrivons avec ces articles, au recel soit des coupables, soit des objets obtenus à l'aide des crimes ou délits, lequel constitue un dernier genre de complicité. Occupons-nous d'abord du recel des coupables dont traite l'article 61. Nous avons dit plus haut qu'il faut la réunion de trois conditions pour que le recel soit punissable : 1° Avoir connu la conduite criminelle des malfaiteurs, 2° leur avoir fourni volontairement lieu de retraite ou de réunion, 3° le leur avoir fourni habituellement. Les deux premières sont générales à toutes les infractions, la troisième est spéciale au mode de complicité qui nous occupe. Il est évident que toutes les trois devront être énoncées dans la déclaration du jury, car si une seule manquait, le caractère criminel disparaîtrait.

L'habitude est donc le caractère distinctif de ce mode de complicité, il est facile d'ailleurs à apprécier, et la loi s'en remet complètement sur ce point à la sagesse des juges et des jurés. Il est nécessaire que le recéleur ait l'habitude de donner lieu de retraite aux malfaiteurs ; mais est-il nécessaire, pour que l'article 61 soit applicable, que les malfaiteurs aient l'habitude de se réfugier chez le recéleur ? Ne pourrait-on pas dire que le fait seul, notoire, de loger habituellement des malfaiteurs, suffit pour rendre le logeur complice du crime commis par celui qui n'est venu qu'une ou deux fois lui demander asile, en supposant, bien entendu, que le recéleur a connu la conduite et les projets criminels du malfaiteur ? Ce serait peut-être aller bien loin, et nous aimons mieux penser que l'habitude doit être réciproque, c'est-à-dire que le recéleur doit avoir reçu habituellement le même ou les mêmes criminels dont il connaissait les projets. La conséquence de l'article 61 peut en effet être terrible pour celui qui reçoit le malfaiteur, et il vaut mieux restreindre qu'étendre son application.

Quelques auteurs, entr'autres M. Carnot⁽¹⁾, ont pensé qu'il résultait sinon des termes, du moins de l'esprit général de notre article, qu'il ne punissait que le fait de recevoir une association de malfaiteurs faisant métier de brigandages et de violences, et qu'on ne pouvait l'étendre au cas où le rassemblement n'aurait eu pour but qu'un crime particulier. Nous n'adoptons pas cette opinion : nous ne voyons en effet rien dans la loi qui nous porte à restreindre tellement le sens de l'article 61. Quelle raison y a-t-il de distinguer si les malfaiteurs sont organisés en bandes durables, ou bien s'ils n'ont en vue qu'un crime spécial ? Est-ce que le recéleur qui connaît leurs projets n'est pas aussi coupable dans un cas que

(1). Comment. du cod. pén. tom. 1, page 194.

dans l'autre? D'ailleurs le texte porte que ceux-là sont complices, qui fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion ; cette particule disjonctive prouve qu'il n'est pas indispensable que les criminels aient établi chez le recéleur le quartier général d'une association organisée. Enfin M. Riboud, dans son rapport au Corps Législatif dont nous avons souvent extrait des passages, disait que le but de la loi était de punir ceux qui entretiennent ces repaires où se réfugient les malfaiteurs épars. Il faut donc dire que le nombre des malfaiteurs est indifférent, qu'un seul même peut faire tomber le recéleur sous le coup de l'article 61, et qu'il n'est pas nécessaire non plus qu'ils fassent métier de brigandages, qu'un crime isolé rend complice le recéleur s'il en a connu le projet. Cette opinion est celle de MM. Chauveau et Faustin Hélie¹, le Sellyer² et d'autres encore.

38 — On s'est demandé si on serait encore dans les limites de notre article, en poursuivant comme recéleur celui qui fournit habituellement des aliments aux malfaiteurs. La raison de décider ainsi est que celui qui nourrit le criminel, connaissant ses projets, les facilite aussi dans une certaine mesure. La raison de douter est que la fourniture d'aliments n'est pas spécialement visée dans les expressions *logement, lieu de retraite ou de réunion*. Ce dernier motif doit l'emporter, car en matière pénale, il n'y a de puni que ce que la loi désigne clairement. Remarquons cependant que si des malfaiteurs venaient habituellement prendre leurs repas chez un individu qui connaît leur conduite, on serait fondé à dire avec la loi, qu'il leur fournit habituellement lieu de réunion.

39 — De la généralité des termes de l'article 61, on doit induire qu'il comprend dans sa pénalité tous ceux qui four-

(1). Chauveau et Hélie, tom. 1^{er}, pag. 462.

(2). Le Sellyer, n° 631.

nissent habituellement logement, lieu de retraite ou réunion, quand même ils ne seraient pas propriétaires ou maîtres du logis où sont reçus les malfaiteurs : ainsi un domestique qui donnerait asile dans les conditions de notre article, ne serait pas fondé à s'abriter derrière l'ignorance ou la bonne foi de son maître. La femme qui concurremment avec son mari, ouvrirait sa maison aux criminels, partagerait sa responsabilité et devrait être condamnée avec lui. Ce dernier point a été jugé par la Cour de cassation ¹.

40 — Les recéleurs des coupables, dit le code, seront punis comme leurs complices, mais comme complices de quels crimes ? De ceux évidemment auxquels ils auront participé indirectement par le refuge qu'ils ont accordé ; on ne peut les rendre responsables de tous les crimes commis par les malfaiteurs, soit antérieurement soit postérieurement au temps durant lequel l'asile a été habituellement fourni. L'accusation aura donc à établir, d'abord l'habitude du recel volontaire avec connaissance de la conduite criminelle des malfaiteurs, ensuite que les crimes ou délits reprochés à ces derniers ont été commis durant le temps du recel ou postérieurement, mais dans un espace si rapproché, qu'il est certain que le recel en a favorisé la consommation. Le recéleur serait-il admis à établir que le recel, quoique habituel, n'a pas favorisé les crimes commis, et pourrait-il arriver ainsi à l'impunité ? Nous ne le pensons pas. Ce que punit la loi, c'est le fait seul de recevoir les criminels pendant qu'ils commettent des crimes ; demander à prouver que le recel n'a pas favorisé les crimes, ce serait contredire la loi et vouloir prouver que ce qu'elle considère comme une complicité n'en est pas une, ce qui est inadmissible. D'ailleurs, il serait impossible en fait au recéleur d'arriver à faire cette preuve : le refuge donne au crimi-

(1). Cour cass. 23 mars 1854, bull. n° 80.

nel une facilité, une protection de tous les instants, il rend possible les préparatifs secrets, les entrevues, les reconnaissances de lieux, etc. Pour prouver le contraire, il faudrait prendre un à un tous les moments coulés, pour montrer que l'asile était inutile au coupable, ce qui est impossible.

¶ — Sous l'article 59, nous avons combattu le système admis par la Cour de cassation, qui dit que pour punir le complice, il suffit que le fait matériel soit reconnu contradictoirement avec lui, et en suite duquel il peut se faire qu'un individu soit condamné comme le complice d'un autre individu reconnu innocent du fait principal. Nous trouvons dans l'article 61 un autre argument pour combattre ce système, et nous nous demandons comment il serait possible de l'appliquer dans le cas qui nous occupe. Ici en effet, la loi exige en termes formels, pour qu'il y ait complicité, que le logement soit fourni à des malfaiteurs, et que ces malfaiteurs aient commis des crimes ou des délits; il est certain après cela, qu'il ne suffit plus qu'un fait matériel soit reconnu avec celui qui a donné habituellement asile à l'auteur, car le fait matériel à lui seul, ne constitue pas l'agent malfaiteur; on n'entend par ce terme que celui qui au fait, joint l'intention criminelle. De plus la loi précise encore mieux, en ajoutant *exerçant des brigandages ou des violences contre l'Etat*. Il résulte donc clairement du texte, qu'ici il n'y a de complicité, que lorsqu'il y a eu reconnaissance de l'existence de crimes ou de délits commis par ceux qui ont pris habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion chez le complice.

Si on admet le système de la Cour de cassation, on doit dire que l'article 61 y fait une exception, et qu'il traite plus favorablement les complices qui y sont désignés que ceux qui sont énoncés en l'article 60. Le seul arrêt de la Cour suprême que nous trouvons sur cette matière est en effet en contra-

diction avec les arrêts que nous avons cités plus haut, il va même dans ce sens plus loin que nous ne croyons devoir le suivre. Il décide : que dans le cas de l'article 61, si dans la question posée au jury, les noms des malfaiteurs recélés ne sont pas désignés, on ne peut condamner le complice, parce que cet article n'est applicable, qu'autant que les malfaiteurs ont été révélés à la justice et déclarés passibles des peines portées par les lois pour les crimes ou délits dont ils sont reconnus coupables ¹. On le voit, cette décision laisse bien loin le principe posé ailleurs, qu'il suffit de la preuve du fait matériel, faite contradictoirement avec le complice. Elle reconnaît qu'il faut, avant de trouver le complice, trouver un auteur principal. Elle est conforme au système que nous avons toujours défendu.

Mais nous ne croyons pas avec l'arrêt cité, qu'il soit nécessaire de désigner les malfaiteurs par leurs noms; tout ce qu'exige la loi, c'est qu'il soit certain que des criminels, reçus habituellement par le complice, ont commis tel crime ou tel délit : une fois cette certitude acquise, le complice devient punissable, sans qu'il soit besoin de connaître les noms des auteurs principaux. Ces noms ne peuvent servir qu'à une chose, à exercer des poursuites contre les malfaiteurs, or nous ne prétendons pas que ceux-là doivent être poursuivis et condamnés antérieurement au complice, nous avons vu au contraire que le complice peut être condamné, quoique l'auteur principal soit inconnu. En un mot, l'article 61 n'est pas une exception aux règles générales sur la complicité, il ne fait que formuler, en termes plus précis que les articles 59 et 60, un principe fondamental de la matière.

M. Blanche, qui a défendu le système de la Cour de cassation sous l'article 59, n'adopte pas les principes de l'arrêt

(1). Cour cass. 9 juil. 1841, bull. n° 203.

du 9 juillet 1844, il pense avec raison, que la question des noms des malfaiteurs est indifférente au jugement du complice. « Il suffit, dit-il, pour que le complice de l'article 61 soit condamnable, qu'il soit reconnu que des malfaiteurs, quels qu'ils soient, ont exercé des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, et que le recéleur, connaissant leur conduite criminelle, leur ait fourni habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion. La raison me dit que ce complice ne peut être traité autrement que les autres, et la loi, qui d'ailleurs ne peut être que la raison écrite, n'a pas la simplicité de lui accorder une faveur spéciale que le bon sens réprouverait ¹. » Nous venons de faire voir que nous adoptons entièrement sur notre article; l'opinion de M. Blanche; mais lui-même ne remarque pas que, ne formulant pas d'exception pour le cas qui nous occupe, il ne se trouve plus d'accord avec le principe qu'il a défendu plus haut : après avoir dit en effet, qu'il suffit, pour qu'un complice en général puisse être condamné, que le fait matériel du crime soit reconnu contradictoirement avec lui, il convient qu'ici, il faut établir contradictoirement avec le complice, que non seulement des malfaiteurs qu'il a reçus habituellement ont exécuté des faits matériels, mais encore qu'ils les ont exécutés intentionnellement, en autres termes qu'ils se sont rendus coupables de crimes ou de délits.

42 — L'article 62 est conçu dans des termes généraux, il englobe dans sa pénalité le recélé de toutes choses qu'elles qu'elles soient, quel que soit le moyen par lequel elles ont été obtenues, pourvu que ce soit par un crime ou un délit. Le code de 1791 était beaucoup plus restreint sur le recel, il ne punissait que celui des objets volés.

(1). Études pratiques sur le code pénal, tom. 2, pag. 230.

La loi ne définit pas le recélé, c'est certainement une lacune, car il peut s'élever et il s'élève en effet des difficultés sur les faits qui le constituent; ainsi il y a divergence entre les auteurs sur le point suivant: suffit-il, pour être considéré comme recéleur, et passible des peines de l'article 62, d'apprendre la provenance criminelle des objets que l'on détient de bonne foi depuis un certain temps, et de continuer à les détenir quand même, ou bien faut-il connaître la source criminelle au moment où on reçoit les objets? MM. Carnot¹, Chauveau et Faustin Hélie² tiennent pour le second parti: « Il y a peut-être, disent ces derniers, moins d'immoralité dans celui qui déjà chargé d'un dépôt, ne le rend pas lorsqu'il découvre sa source criminelle, que dans la personne qui connaît à l'avance le crime, et se charge d'en céler les produits. Celui-ci adhère volontairement au crime, l'autre n'y donne qu'une adhésion forcée en quelque sorte par sa position précédente. Il ne suffirait donc pas, à notre avis, que l'accusé eût conservé la chose depuis qu'il a appris quel était le résultat du vol, pour être passible des peines du recélé; il faudrait qu'il fût constaté qu'il a connu ce vol au moment même où il a consenti à en devenir dépositaire. » M. Blanche³ tient pour l'opinion contraire: « L'article 62, dit-il, ne se borne pas à punir ceux qui reçoivent sciemment le produit d'un crime ou d'un délit, il punit ceux qui le recèlent sciemment. En quoi consiste donc le recélé? Est-ce seulement dans le fait de recevoir le produit du crime ou du délit; non vraiment; c'est tout aussi bien dans le fait de le conserver que dans celui de le recevoir. Donc, tant que l'objet reste dans les mains du tiers, il le recèle. Donc il le recèle sciemment, s'il le conserve après avoir eu connaissance de son origine

(1). Carnot, comm. du cod. pén. tom. I, pag. 196.

(2). Chauveau et Hélie, théor. du cod. pén. tom. I, pag. 463.

(3). Études pratiques sur le code pénal, tom. 2, pag. 253.

criminelle. » Ce dernier parti nous semble préférable, celui qui garde une chose dont il connaît la provenance délictueuse, est assurément coupable ; qu'il le soit moins que celui qui la reçoit sachant déjà son origine, c'est possible, mais la nuance qui les sépare n'est pas si forte qu'il faille en conclure que le premier n'est passible d'aucune peine. Or la loi ne distinguant pas, on doit forcément appliquer aux deux l'article 62, sauf aux juges à mesurer, dans la répartition de la peine, la différence qui pourra exister entre les culpabilités.

Cette question principale résolue, nous pouvons définir le recélé, d'après M. Blanche, le fait d'avoir eu en sa possession des objets enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, sachant qu'ils ont une provenance criminelle.

43 — Toute déclaration du jury, tout arrêt ou jugement devra donc porter que le recel a eu lieu sciemment, c'est-à-dire avec connaissance de l'origine criminelle de la chose ; c'est là le caractère distinctif de la complicité par recélé, et la Cour de cassation a toujours maintenu la nécessité de déclaration de cette circonstance. Ainsi elle a jugé : que lorsque le jury, interrogé sur le point de savoir si un accusé était complice d'avoir recélé sciemment des objets volés, n'a pas décidé si c'était sciemment que l'accusé avait recélé ces objets, la Cour d'assises n'a pu appliquer les articles 62, 381, et 384 du code pénal, la circonstance omise étant constitutive du crime imputé à l'accusé ⁽¹⁾.

44 — Peut on condamner la femme comme complice par recel d'un crime ou délit commis par son mari ? La raison de douter, c'est que la femme étant soumise au mari, on peut dire qu'elle est forcée par l'autorité de celui-ci, de garder dans la maison conjugale les objets provenant de ses infractions, et qu'elle n'est pas libre de les restituer, que par conséquent

(1). Cour cass. 14 sept. 1832, Dall. rép. V° complice, n° 223.

on ne peut lui attribuer d'intention criminelle. On peut ajouter encore que c'est la mettre dans l'alternative difficile ou de se rendre coupable d'un crime, ou de divulguer celui de son mari et provoquer ainsi son châtement. Ces raisons certes ne sont pas sans force, mais elles ne sont pas, selon nous, suffisantes pour créer une exception que la loi ne fait pas et qu'elle ne laisse même pas supposer. Il est vrai que la femme est soumise à l'autorité maritale, mais cette autorité est de l'ordre civil, elle émane de la constitution civile du mariage, elle ne va pas jusqu'à dominer complètement dans l'ordre moral; aucune loi ne consacre le droit pour le mari d'exiger de sa femme une obéissance aveugle, même criminelle. Celle-ci garde sa liberté d'action relativement à ses obligations morales, et si, par un sentiment exagéré d'affection conjugale, elle préfère prendre part au crime de son mari plutôt que de le divulguer, elle accepte une part de responsabilité, elle est punissable. Mais nous regrettons que la loi n'ait pas adouci la peine par une disposition toute spéciale pour un cas si digne d'intérêt; en ne faisant pas d'exception dans l'article 62 en faveur des parents et alliés, elle paraît les assimiler aux recéleurs en général, et cependant personne n'hésite à faire une différence dans la culpabilité. La Cour de cassation applique à la femme la peine du complice dans toutes ses conséquences⁽¹⁾. Il résulte de ces considérations, que le recel à la charge de la femme devra être établi avec un soin tout spécial: il ne suffira pas, pour la déclarer recéleuse, que le produit du crime du mari soit saisi dans la maison conjugale, ce qui suffirait pour faire déclarer tout autre complice, il faudra de plus, prouver que la femme a sciemment et volontairement recueilli les objets, qu'elle s'en est mise en possession.

45 — Il peut arriver quelque fois que le complice par recélesoit, par le même fait, rendu complice d'autres crimes.

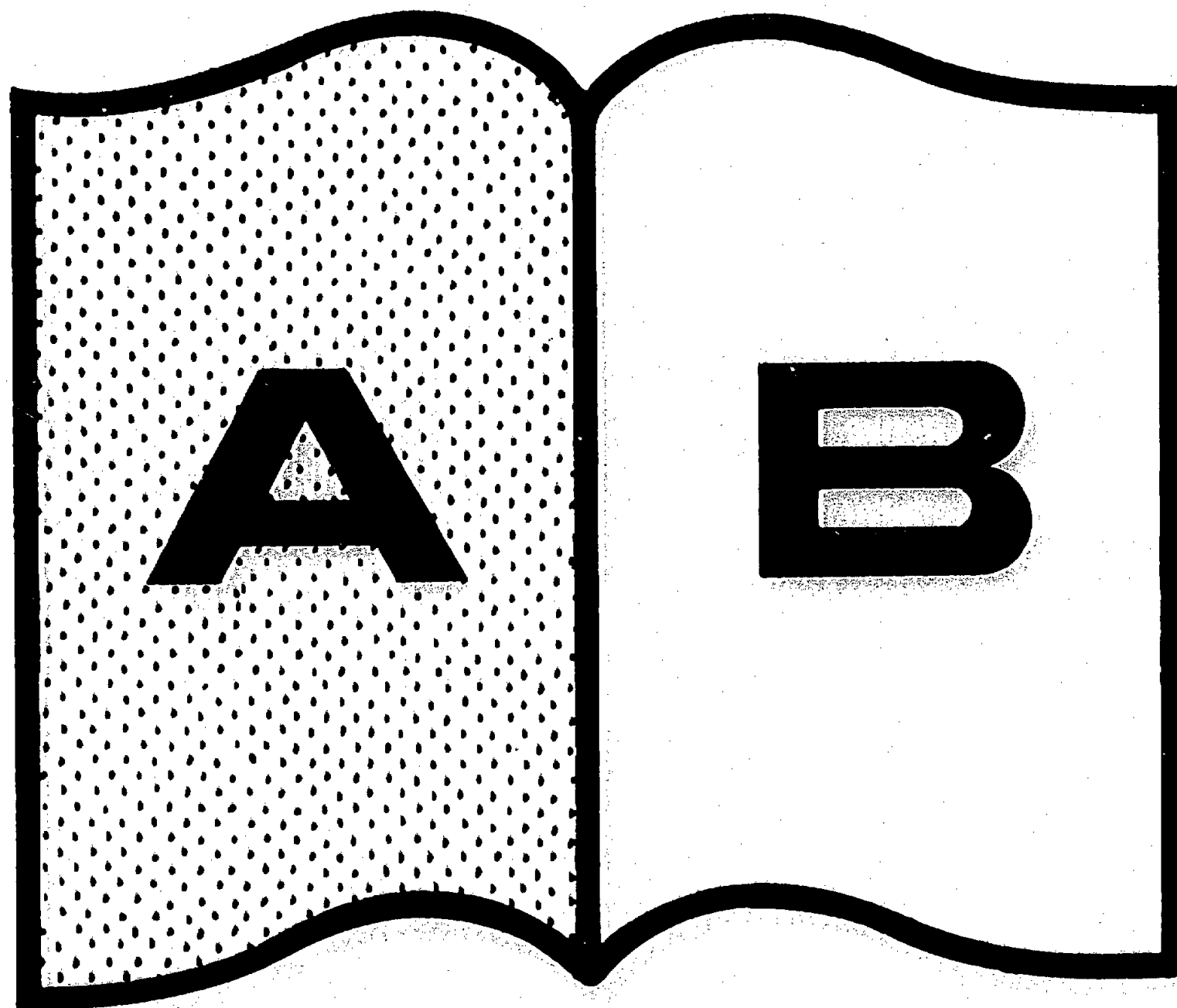
(1). Cour cass. 18 mars 1821, bull. n° 49; id. 23 mars 1834, b. p. n° 20

mes ou délits. Dans ce cas, ayant encouru plusieurs peines, il ne doit subir que la plus forte, conformément au paragraphe deux de l'article 365 du code d'instruction criminelle. Le cas dont nous parlons se présente, par exemple, lorsqu'un individu soustrait frauduleusement un objet à un autre individu, sachant que celui-ci l'a volé; il est d'une part recéleur, puisqu'il a en sa possession un objet volé, connaissant sa provenance; d'autre part il est voleur, puisqu'il se l'est approprié au moyen d'une soustraction frauduleuse.

46 — L'article 62 punissant le recel de tout ou partie des choses obtenues à l'aide de crimes ou de délits, il résulte de cette disposition que la même personne peut être poursuivie plusieurs fois pour complicité par recel du même vol, sans qu'il y ait violation de la règle *non bis in idem*. Ainsi, qu'on suppose un vol de plusieurs objets, sur lequel intervient la condamnation d'un auteur principal et l'acquiescement d'un complice par recel, ce dernier ayant été poursuivi pour avoir recélé un des objets volés; il pourra arriver que postérieurement le recéleur acquitté soit trouvé possédant sciemment un autre objet volé provenant de la même soustraction. Il est évident qu'alors il pourra être poursuivi pour ce nouveau recel, qui est un fait différent du premier; sans que la maxime *non bis in idem* soit violée. Cette espèce s'est présentée à la Cour de cassation, qui l'a appréciée ainsi ⁽¹⁾.

On peut encore faire sur l'article 62, et avec autant de justesse, la remarque que nous venons de faire sur l'article 61 : c'est qu'il serait impossible d'y appliquer la doctrine de la Cour de cassation relative au principe de la nécessité d'un fait principal, pour qu'on puisse punir le complice.

(1). Cour cass. 29 déc. 1814, bull. n° 47.



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

on ne peut lui attribuer d'intention criminelle. On peut ajouter encore que c'est la mettre dans l'alternative difficile ou de se rendre coupable d'un crime, ou de divulguer celui de son mari et provoquer ainsi son châtiment. Ces raisons certes ne sont pas sans force, mais elles ne sont pas, selon nous, suffisantes pour créer une exception que la loi ne fait pas et qu'elle ne laisse même pas supposer. Il est vrai que la femme est soumise à l'autorité maritale, mais cette autorité est de l'ordre civil, elle émane de la constitution civile du mariage, elle ne va pas jusqu'à dominer complètement dans l'ordre moral; aucune loi ne consacre le droit pour le mari d'exiger de sa femme une obéissance aveugle, même criminelle. Celle-ci garde sa liberté d'action relativement à ses obligations morales, et si, par un sentiment exagéré d'affection conjugale, elle préfère prendre part au crime de son mari plutôt que de le divulguer, elle accepte une part de responsabilité, elle est punissable. Mais nous regrettons que la loi n'ait pas adouci la peine par une disposition toute spéciale pour un cas si digne d'intérêt; en ne faisant pas d'exception dans l'article 62 en faveur des parents et alliés, elle paraît les assimiler aux recéleurs en général, et cependant personne n'hésite à faire une différence dans la culpabilité. La Cour de cassation applique à la femme la peine du complice dans toutes ses conséquences⁽¹⁾. Il résulte de ces considérations, que le recel à la charge de la femme devra être établi avec un soin tout spécial: il ne suffira pas, pour la déclarer recéleuse, que le produit du crime du mari soit saisi dans la maison conjugale, ce qui suffirait pour faire déclarer tout autre complice, il faudra de plus, prouver que la femme a sciemment et volontairement recueilli les objets, qu'elle s'en est mise en possession.

45 — Il peut arriver quelque fois que le complice par recélé se soit, par le même fait, rendu complice d'autres crimes.

(1). Cour cass. 18 mars 1821, bull. n° 49; id. 23 mars 1851, b. p. a. 20.

mes ou délits. Dans ce cas, ayant encouru plusieurs peines, il ne doit subir que la plus forte, conformément au paragraphe deux de l'article 368 du code d'instruction criminelle. Le cas dont nous parlons se présente, par exemple, lorsqu'un individu soustrait frauduleusement un objet à un autre individu, sachant que celui-ci l'a volé; il est d'une part recéleur, puisqu'il a en sa possession un objet volé, connaissant sa provenance; d'autre part il est voleur, puisqu'il se l'est approprié au moyen d'une soustraction frauduleuse.

46 — L'article 62 punissant le recel de tout ou partie des choses obtenues à l'aide de crimes ou de délits, il résulte de cette disposition que la même personne peut être poursuivie plusieurs fois pour complicité par recel du même vol, sans qu'il y ait violation de la règle *non bis in idem*. Ainsi, qu'on suppose un vol de plusieurs objets, sur lequel intervient la condamnation d'un auteur principal et l'acquittallement d'un complice par recel, ce dernier ayant été poursuivi pour avoir recélé un des objets volés; il pourra arriver que postérieurement le recéleur acquitté soit trouvé possédant sciemment un autre objet volé provenant de la même soustraction. Il est évident qu'alors il pourra être poursuivi pour ce nouveau recel, qui est un fait différent du premier; sans que la maxime *non bis in idem* soit violée. Cette espèce s'est présentée à la Cour de cassation, qui l'a appréciée ainsi ¹.

On peut encore faire sur l'article 62, et avec autant de justesse, la remarque que nous venons de faire sur l'article 61 : c'est qu'il serait impossible d'y appliquer la doctrine de la Cour de cassation relative au principe de la nécessité d'un fait principal, pour qu'on puisse punir le complice.

(1). Cour cass. 20 déc. 1814, bull. n° 47.

Comment dire en effet en présence de cet article, qu'il suffit que le fait matériel du crime ou du délit soit reconnu contradictoirement avec le recéleur pour qu'il soit punissable ? N'exige-t-il pas que les choses recélées soient le produit d'un crime ou d'un délit, c'est-à-dire qu'il y ait eu antérieurement au recel une infraction principale commise ? Qu'est-ce qui donne au fait du recélé son caractère de culpabilité ? C'est justement l'origine criminelle des objets, c'est là le signe, la marque essentielle de ce genre de complicité. Les articles 61 et 62 sont donc en conformité parfaite avec le principe : qu'il ne peut y avoir de complice sans un coupable principal connu ou inconnu, ils repoussent le système incomplet de la Cour de cassation. Du reste, cette Cour elle-même, dans un arrêt du 7 vendémiaire an VII, le sent que nous trouvions sur la question, se mit en contradiction avec les principes qu'elle devait proclamer plus tard. Elle décida en effet : que lorsque l'accusé principal d'un vol est acquitté pour défaut d'intention, on ne peut, sans contradiction, condamner son complice ¹.

Nous ne voyons rien de spécial à dire sur l'application de l'article 63, qui ne soulève pas de difficulté.

Nous sommes arrivés au terme de l'examen pratique du système du code sur la complicité ; nous n'avons abordé que les questions les plus graves. Beaucoup d'autres peuvent se poser, mais elles n'ont qu'un intérêt secondaire et ne se rattachent qu'indirectement aux principes de la matière. D'ailleurs leur discussion approfondie eût dépassé de beaucoup les limites de ce travail.

(1) Cour cass 7 ve. d. an VII, Dall. rép. V^e chose jugée, n^o 802.



APPENDICE.

Il n'est pas sans utilité, après une étude sur une partie de la loi française, de jeter les yeux sur la même partie dans quelques législations étrangères; car il en est du droit comme de toutes choses, il s'élucide, s'amplifie et se retient mieux par la comparaison. Nous allons donc ouvrir quelques codes étrangers, et exposer rapidement la base de leur théorie sur la complicité.

I. Législation Anglaise — On reproche généralement à la loi pénale anglaise d'être un mélange d'institutions diverses datant de toutes les époques, amalgamées avec peine, sans vue d'ensemble et sans lien commun. Les dispositions sur la complicité se sentent de ce défaut, et demandent une refonte totale.

En Angleterre, toutes les infractions sont comprises sous la dénomination générique de *torts*. Ceux-ci se divisent en injures civiles ou privées, et en injures publiques; les premières donnent ouverture seulement à l'action civile des intéressés; les secondes sont poursuivies criminellement au nom de la Société, quoique la plupart du temps, par les plaignants eux-mêmes. Celles-ci se divisent en *felonies*, que nous appelons crimes, et en *misdemeanors*, que nous appelons délits.

Tous les criminels sont, ou coupables principaux ou complices. Le coupable principal est celui qui commet le crime, ou bien qui, lors de sa perpétration, est présent ou dans le voisinage pour aider ou assister celui qui le commet.

Le complice (*accessory*) est celui qui ne se rend pas, à proprement parler, coupable du crime, mais qui y prend une part indirecte, par exemple en l'ordonnant, en l'inspirant, en le cachant, et cela soit avant, soit après la perpétration.

Les complices ou coupables accessoires se divisent donc en complices avant le crime, et complices après le crime. La loi regarde les premiers comme plus coupables que les seconds.

Le complice avant le crime est celui qui, étant absent au moment où le crime a été commis, a été cause de sa perpétration en l'indiquant et le conseillant à un autre. Tel est, par exemple, le cas de celui qui a prévenu un assassin que son ennemi devait passer la nuit à tel endroit, et qu'il serait facile de l'y frapper.

Le complice après le crime, est celui qui ayant connaissance d'une félonie, reçoit le coupable, ou l'assiste d'une façon quelconque pour l'empêcher, soit d'être pris, soit d'être jugé ou exécuté. Tels sont ceux, par exemple, qui cachent le coupable dans leur maison, ou qui favorisent son évasion, soit à prix d'argent en corrompant les gardiens, soit par la violence. Par exception, la femme qui cache ou aide son mari n'est pas regardée comme complice ; il n'en est pas de même du mari qui cache ou aide sa femme. Il est difficile d'expliquer cette exception à l'exception.

En général, le complice avant le crime, en matière de félonie, est puni de la même peine que les coupables principaux ; le complice après le crime subit un emprisonnement qui ne peut excéder deux ans. Il y a exception pour les re-

céleurs d'objets volés, qui, comme les complices avant le crime, sont punis de la même peine que le principal coupable.

En matière de haute trahison et de meurtre, il n'y a pas de complices ; tous sont jugés coupables au même chef. La même règle se retrouve pour les crimes au-dessous du degré de félonie.

Les complices avant le crime peuvent être jugés avant l'auteur principal ; il n'est même pas nécessaire que celui-ci soit connu ni en état d'arrestation : il est d'usage cependant de les juger ensemble. Quant aux complices après le crime, on ne peut, sauf leur consentement, les faire passer en jugement avant la condamnation des accusés principaux ; mais quand le principal auteur du crime a été jugé et convaincu, ils peuvent être jugés ensemble ou séparément.

Tels sont les principaux points de la matière. Il faudrait, à coup sûr, des données plus complètes pour juger sainement de l'ensemble. On peut reconnaître toutefois que ces principes sont anciens, qu'ils admettent l'assimilation du complice et de l'auteur principal, ainsi que la possibilité d'une participation postérieure à l'exécution, mais que cependant cette dernière est punie en général d'une peine de beaucoup inférieure à celle de l'auteur principal.

2. Législation Allemande. — L'Allemagne, que depuis longtemps déjà nous avons distancée sur le droit civil, puisqu'elle n'a pas encore tenté la codification et reste attachée à ses lois antiques, nous a au contraire dépassés sur le droit pénal : depuis 1838, un nouveau code pénal a été publié dans presque tous les états allemands, et sauf de légères nuances, tous ces codes reposent sur une base philosophique nouvelle, conforme aux principes de morale et de justice publiés par l'école de Kant, laquelle repoussa e

Allemagne la doctrine utilitaire qui, depuis le commencement du XIX^e siècle, triomphait avec l'école de Feuerbach. Aussi, sur la matière de la complicité, voyons-nous appliqués les principes de justice et d'humanité que nous avons fait prévaloir dans notre partie théorique :

Le Code prussien distingue les auteurs et les complices. Il punit sous le nom de fauteurs les participants aux résultats du crime.

Les auteurs sont :

- 1^o Celui qui a exécuté le crime.
- 2^o Celui qui l'a provoqué.
- 3^o Celui qui a prêté à l'exécution une assistance telle, que sans son secours, le crime n'aurait pas pu être commis dans les circonstances données.

Les complices sont :

Ceux qui, sciemment, favorisent par des conseils ou par des actes, l'exécution d'un crime résolue par d'autres ; pourvu que les secours prêtés de cette manière ne soient pas indispensables, c'est-à-dire qu'à leur défaut, le crime eût été également commis.

Les fauteurs sont :

1^o Ceux qui, ayant connaissance d'un crime déjà exécuté, participent aux avantages qu'il a produits.

2^o Ceux qui, dans un but d'intérêt personnel, favorisent par un acte postérieur à l'exécution, les auteurs ou complices d'un crime. Si l'agent a agi sans intérêt personnel, mais seulement en considération de la personne du délinquant, il encourt une peine moins sévère. Si le délinquant était son proche parent, il est à l'abri de toute peine.

Les auteurs subissent tous également la peine du crime commis. La peine des complices est graduée sur la peine des auteurs, mais elle est en tous cas inférieure. Quant aux fau-

teurs, ils encourrent, suivant les circonstances, ou une simple amende, ou l'emprisonnement soit simple soit avec travail.

Ce système sur la complicité nous semble un des plus complets et des plus conformes à la théorie : le complice y est nettement distingué de l'auteur et du coauteur, et les actes d'assistance postérieurs à l'exécution sont confinés dans une classe à part, étrangère à la complicité. Mais à côté de ces progrès pratiques, les codes allemands avaient gardé presque tous la complicité par non révélation, sur laquelle nous nous sommes déjà prononcés et que nous regardons comme formellement contraire au principe de la personnalité des fautes.

En 1851, le code pénal prussien subit une réforme qui ne modifia pas sensiblement la théorie de la complicité.

Enfin en 1870, fut promulgué pour la Confédération du Nord un nouveau code pénal allemand qui, par une loi du 18 mai 1871, fût déclaré applicable à tout l'empire actuel d'Allemagne.

Le système que nous avons exposé n'existe plus aujourd'hui, ou du moins il est tellement modifié et restreint, qu'il est difficile de le reconnaître.

Le code actuel distingue : 1° l'auteur principal, 2° le complice par instigation, 3° le complice par assistance. Les deux premiers sont punis de la peine du crime, le troisième n'encourt qu'une peine moindre.

Le recel et l'assistance subséquente, quoique la qualification de *fauteurs* soit supprimée, forment toujours un délit distinct et sont punis dans un titre spécial.

Enfin la complicité par non-révélation a disparu ; la non-dénonciation des crimes sur le point de se commettre, est encore cependant punie et constitue un délit *sui generis*.

Nous préférons l'ancien système qui, s'il était un peu plus

compliqué, contenait du moins une distinction très nette entre l'auteur et le complice.

3. Législation Autrichienne. — La pénalité est en général assez douce dans le code autrichien, qui date de 1818. Les principes de la complicité sont contenus dans les articles 5 et 6, ainsi conçus :

Article 5 : Le coupable d'un délit est non seulement celui qui en est l'auteur immédiat, mais aussi celui qui, par un mandat, des conseils ou des instructions, ou son approbation, facilite le fait, ou qui librement donne occasion de le commettre, ou en procure les moyens, ou éloigne les obstacles, ou de quelque manière que ce soit, le provoque, ou prête aide, ou contribue à en assurer l'exécution, ou même seulement, de concert prémédité, s'accorde avec l'auteur du délit sur l'aide et l'assistance qu'il doit lui prêter après le délit commis, ou sur une partie du lucre ou avantage qu'il y a à en retirer.

Article 6 : Celui qui, sans un concert antérieur, se rend complice d'un coupable en l'assistant ou aidant après le délit commis, ou qui en ayant connaissance, en retire un profit ou un avantage, ne se rend pas coupable du même délit, ainsi que cela est déterminé ci-après.

La peine de la complicité est réglée dans la disposition relative à chaque méfait. Presque toujours, cette peine est moindre que celle de l'auteur principal.

On ne trouve pas, dans ces dispositions, la situation du complice nettement séparée de celle de l'auteur principal.

On doit remarquer le principe de l'article 6, qui établit, conformément à la raison et à la logique, qu'il ne peut y avoir de participation postérieure à la perpétration du crime, à moins qu'il n'y ait eu un concert antérieur.

Le code autrichien contient, sur la complicité négative par non révélation, des dispositions analogues à celles des codes allemands ; cela devait être, puisque ces vieux principes remontent au moins à l'ancienne législation de l'empire d'Allemagne. Mais l'Autriche peut avoir pour excuse que son code pénal a 30 ans de plus que les codes prussien, saxon et autres.

1. Législation des Pays-Bas. — La loi hollandaise sur la complicité, sans être exempte de tout reproche, est une des plus complètes et des plus en harmonie avec les vrais principes théoriques. Le système qu'elle a adopté et qui est en vigueur aujourd'hui, date de 1840, époque à laquelle fut révisé le code pénal, qui n'était autre que notre code de 1810.

Sans définir la complicité, le législateur néerlandais a placé en tête du titre destiné au développement de cette matière, la règle suivante : que la loi punit tous ceux qui, par l'une des voies qu'elle indique, sont la cause d'un délit commis par un autre, y participent, le favorisent, en assurent le fruit aux coupables ou en profitent eux-mêmes.

Il distingue ensuite trois catégories de personnes participant à une action déclarée punissable par la loi :

1° La première comprend les auteurs *intellectuels* et les auteurs *matériels* ; les uns et les autres sont punis de la peine du crime. Il entend par auteurs intellectuels tous ceux qui, par violences ou menaces, forcent un autre à commettre un délit ; ceux qui donnent à un autre sur lequel ils exercent une autorité quelconque, l'ordre de se rendre coupable d'un fait punissable ; ceux qui, par mandat, séduction ou corruption, déterminent un autre à commettre un délit, mais seulement lorsque, dans tous ces cas, la violence, les menaces, l'ordre, le mandat, la séduction ou la corruption ont été la cause prochaine du délit ou de la tentative.

2° La deuxième comprend ceux qui, par ces mêmes moyens ont provoqué à une action punissable, sans en être la cause déterminante; ceux qui sciemment ont aidé et coopéré à la commettre, en procurant des armes, des instruments ou tout autre moyen; ceux qui par conseils et instructions ou de quelque autre manière que ce soit, ont facilité la perpétration d'un fait punissable; ceux qui, pendant que le délit se commettait, ont veillé à la sûreté de l'auteur ou l'ont assisté de toute autre manière. Tous ceux désignés dans cette seconde catégorie sont complices; quant à la peine, on distingue: en matière criminelle, ils subissent la peine immédiatement inférieure à celle qu'encourt l'auteur. En matière correctionnelle ou de police, le maximum de la peine qui peut être infligée aux complices est fixée à la moitié de la peine édictée contre l'auteur principal.

3° La troisième comprend ceux qui, sciemment, ont recélé ou caché, acheté, pris en gage, vendu ou mis en gage au profit des coupables, les objets obtenus à l'aide d'un délit. Ici, la loi hollandaise a gardé complètement les dispositions de notre article 62, sans même y apporter tous les adoucissements de notre article 63. En effet, elle ne fléchit que dans le cas où l'auteur principal a encouru la peine de mort; elle substitue alors pour les complices le premier degré de réclusion, précédé de l'exposition sous la potence. Pour que les complices de cette catégorie soient passibles de l'aggravation de peine résultant des circonstances qui ont accompagné le crime ou le délit commis, il faut qu'ils soient convaincus d'avoir eu connaissance de ses circonstances aggravantes avant le moment ou au moment même des faits dont ils se sont rendus coupables.

La loi dispose également que les auteurs intellectuels et les complices de la deuxième catégorie ne subissent l'aggra-

vation de peine résultant des circonstances qui ont accompagné l'action principale, que lorsqu'ils ont dû ou pu prévoir ces circonstances.

Elle consacre aussi par une disposition expresse, que l'aggravation ou l'atténuation de la peine et même l'exception de toute peine, lorsqu'elles sont personnelles à l'auteur principal, ne peuvent exercer aucune influence sur les peines à infliger aux complices.

Ainsi, les Pays-Bas n'ont pas hésité, devant toutes les conséquences de notre système sur la complicité, à en chercher et à en adopter un autre : ils ont mis de côté le principe d'assimilation, et ont su laisser dans la classe des auteurs principaux ceux qu'ils appellent avec raison *intellectuels*, tels que le donneur d'ordre, de mandat, etc.

Ils ont eu le tort, selon nous, de désigner à l'avance et toujours comme complices, ceux de la deuxième catégorie ; il est en effet des cas où ceux-là seront certainement, dans le sens du mot, auteurs intellectuels. N'eussent-ils pas mieux fait de distinguer encore ici, s'ils ont été ou non la cause médiate et prochaine du crime ; en cas de négative seulement, ils n'eussent été que complices ?

Nous regrettons l'existence de la troisième catégorie, c'est-à-dire celle des receleurs qui auraient dû, comme nous l'avons remarqué pour notre code, être punis à part comme coupables d'un délit spécial, et non pas comme complices.

Mais à côté, quelle saine et logique application des principes, lorsqu'ils proclament la personnalité du complice, distincte de celle de l'auteur principal, et qu'ils décident que les aggravations comme les atténuations personnelles au second, ne doivent influer en rien sur la condamnation du premier. Et comme ils disposent sagement que les circonstances aggravantes ne sont imputables au complice, que lorsqu'il a pu ou dû les prévoir.

5. Législation Brésilienne — Le code pénal brésilien date de 1830 : une de ses principales qualités consiste dans l'extrême clarté de ses dispositions. Ses articles relatifs à la complicité sont ainsi conçus :

Article 4 : Seront criminels comme auteurs, ceux qui commettront des crimes, ou qui contraindront une autre personne à en commettre, ou qui le lui ordonneront.

Article 5 : Seront criminels comme complices, tous les autres individus qui concourront directement à commettre des crimes.

Article 6 : Seront considérés comme complices : 1° Ceux qui recèleront, cacheront ou achèteront des choses obtenues à l'aide de moyens criminels, le sachant ou devant le savoir, à raison de la qualité ou de la condition des personnes dont ils les ont reçues en recel ou achetées. 2° Ceux qui donneront asile ou prêteront leur maison pour une réunion d'assassins ou de voleurs, ayant connaissance qu'ils commettent ou qu'ils veulent commettre des crimes.

Quant à la peine de la complicité, elle est assimilée à celle de la tentative. Cela résulte des dispositions suivantes :

Article 34 : La tentative, lorsqu'elle ne sera pas l'objet d'une peine spéciale, sera punie des mêmes peines que le crime, moins un tiers de durée dans chaque degré ; lorsque la peine sera celle de mort, on infligera au coupable de tentative au même degré, la peine des galères perpétuelles ; lorsqu'elle sera celle des galères perpétuelles ou de la prison perpétuelle avec ou sans travail, on infligera la peine des galères pour vingt ans ou de la prison avec ou sans travail pour vingt ans ; lorsque la peine sera celle du bannissement, on lui infligera la déportation hors de l'empire pour vingt ans ; lorsqu'elle sera celle de la déportation ou de l'exil perpétuel, on lui infligera la déportation ou l'exil pour vingt ans.

Article 35 : La complicité sera punie des mêmes peines que la tentative ; et la complicité de la tentative, des mêmes peines que cette dernière, moins un tiers de durée, conformément aux règles établies par l'article précédent.

Il résulte par conséquent de ces dispositions, que le complice est puni d'une peine inférieure à celle de l'auteur principal.

Nous trouvons très-incomplète l'énumération de l'article 4 : il est bien d'autres cas où le participant doit être regardé comme auteur. On a voulu éviter les distinctions, et pour rester dans une règle uniforme, on ne punit que comme complices, des coupables qui en réalité sont auteurs principaux. C'est le principe d'assimilation renversé : au lieu d'assimiler le complice à l'auteur, c'est l'auteur qui dans beaucoup de cas, est assimilé au complice. Quoiqu'il en soit, nous préférons cette règle à celle de notre article 59 ; il vaut mieux pécher par excès d'indulgence que par excès de sévérité.

Il est inutile de pousser plus loin cette étude de législation comparée ; nous trouverions dans d'autres codes encore, des distinctions plus ou moins vraies entre les auteurs et les complices, et des différences plus ou moins grandes dans la peine réservée aux uns et aux autres. Nous pouvons, d'après ce que nous avons vu, tirer cette conclusion : que les autres nations préfèrent presque toutes une théorie de la complicité admettant des distinctions dans la responsabilité, et des différences dans les peines. La France, jusqu'ici, a gardé dans toute sa pureté, mais aussi dans toute sa rigueur, la théorie d'assimilation ; nous n'avons pas cru, dans le cours de ce travail, pouvoir justifier cet attachement pour un principe que nous regardons comme suranné, et surtout

comme contraire aux règles de la justice distributive. Peut-être, et tel est notre espoir, le temps n'est-il pas éloigné où un système nouveau réglera dans notre code, la matière de la complicité.

POSITIONS

D. 311. ROMAIN.

1. — La *filiæfamilias*, de même que le *filiusfamilias*, a toujours été capable de s'obliger.
 2. — On peut concilier la loi 14 liv. XII, tit. I, au digeste, avec la loi 9 § I, liv. XIV, tit. VI.
 3. — Dans une action arbitraire, l'*arbitratus judicis* peut-il être exécuté *manu militari*?
 4. — Les servitudes prœdiales ne peuvent pas s'établir par pactes et stipulations.
-

DROIT FRANÇAIS.

Histoire du droit:

1. — Le décret d'Yves de Chartres (*excerptiones ecclesiasticarum regularum*) est antérieur au recueil de Petrus (*exceptiones legum Romanarum*).

Droit civil:

2. — Le jugement qui condamne un héritier en qualité d'héritier pur et simple (art. 800) n'a d'effet qu'entre les parties.
3. — Les héritiers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription.
4. — Le bailleur d'immeubles a privilège non-seulement pour l'année qui suit l'année courante et pour l'année courante, mais encore pour toutes les années échues.

Procédure:

5. — La présomption de l'art. 1733 du code civil contre le locataire, ne donne pas au propriétaire une créance ayant les qualités nécessaires pour qu'il puisse pratiquer une saisie-arrêt.

Droit criminel:

6. — Les circonstances aggravantes personnelles à l'auteur principal, ne doivent pas influencer sur la condamnation du complice.
7. — On ne peut condamner le complice sans avoir reconnu contradictoirement avec lui, non seulement la matérialité mais encore la criminalité du fait principal.

Droit administratif:

8. — Les compagnies de chemins de fer ne sont pas assujetties à la taxe des biens de mainmorte.

Droit des gens:

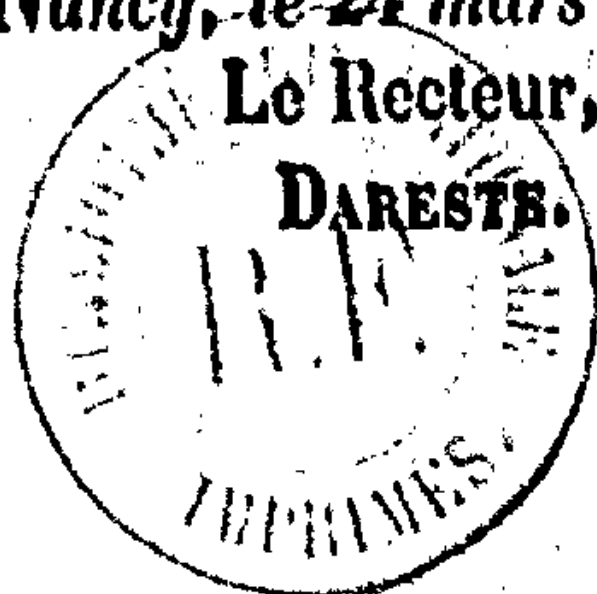
9. — En l'absence de traité, un état n'est pas obligé d'accorder l'extradition des individus coupables de crimes de droit commun.

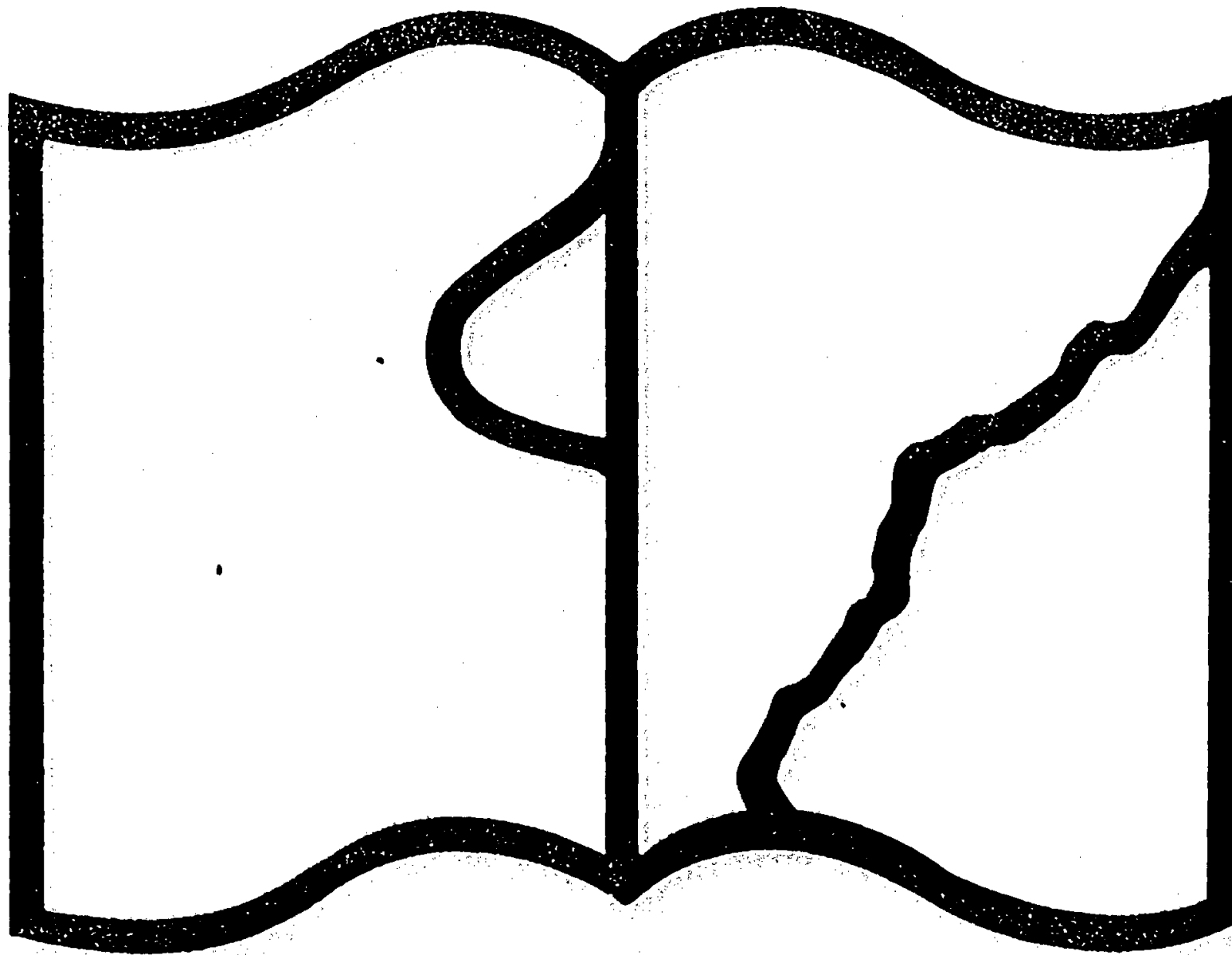
Vu par le Président de la thèse.
Nancy, le 22 mars 1873,
A. LOMBARD.

Vu par le Doyen de la Faculté,
Nancy, le 22 mars 1873.
PH. JALABERT.

Vu et permis d'imprimer,
Nancy, le 24 mars 1873.

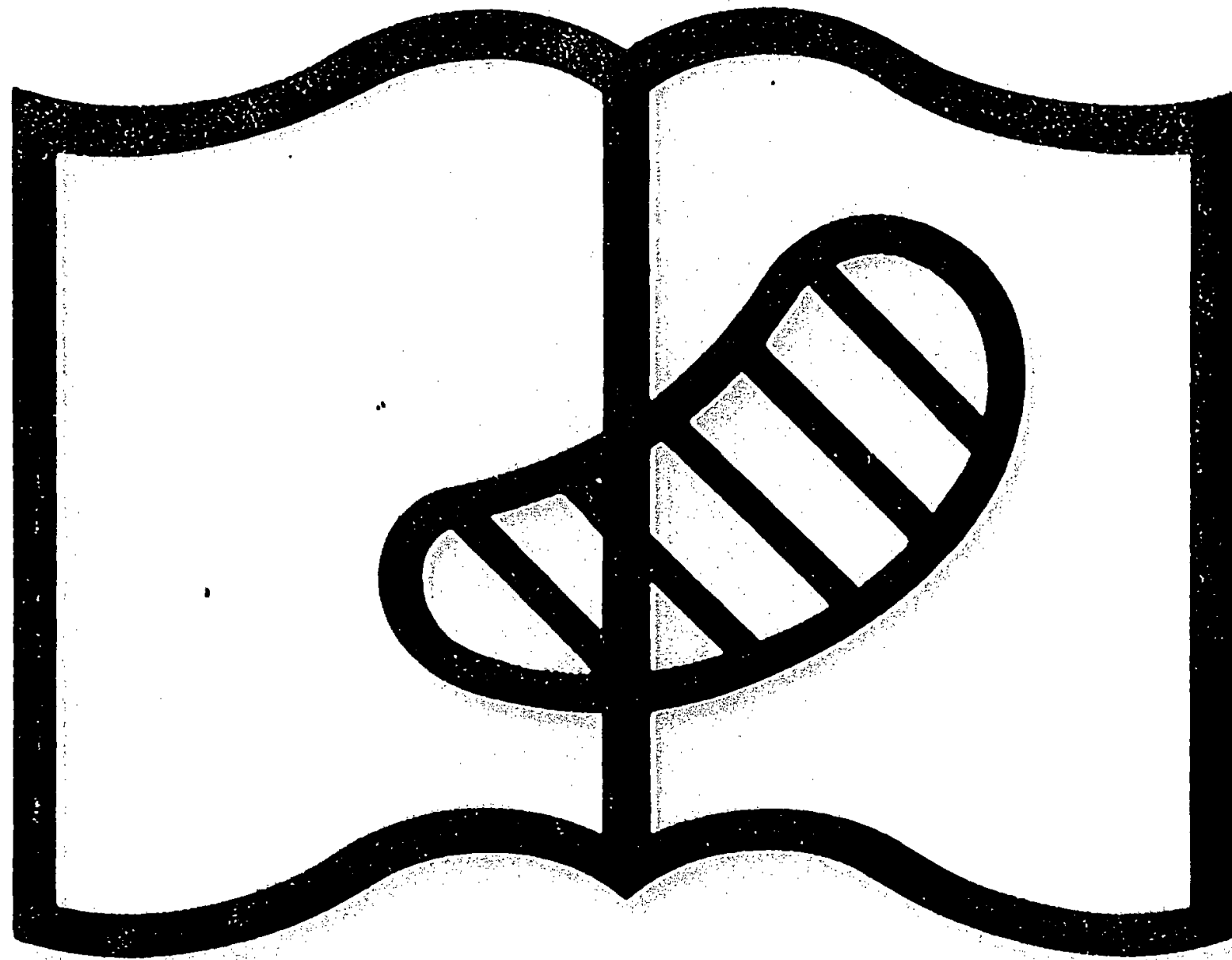
Le Recteur,
DARESTE.





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11



Original illisible
NF Z 43-120-10